الوسيط في شرح القانون المدني

للدكتور / عبد الرازق السنهوري

الجزء الأول : مصادر الالتزام

تم إخراج هذه النســـخة بواسطة :

Mr-Gado

e-mail : mr_gado@yahoo.com

تمهيـــد

٣٥ - مسائل ثلاث : نمهد للكلام في العقد بكلمات ثلاث : إحداها في تعريف العقد ، والثانية في مبدأ سلطان الأرادة ، والثالثة في تقسيم العقود .

* * *

§ ١ - تعريف العقد

٣٦ - الاتفـاق والعـقـد : يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد . فالاتفاق (convention) هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فالاتفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع ، ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشترى. والاتفاق على نقل التزام مثله الحوالة، تنقل الحق أو الدين من دائن آخر أو من مدين لمدين آخر . والاتفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو إضافة شرط له . والاتفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينتهي به الدين .

والعقد (contrat) أخص من الاتفاق ، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله. ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً . أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً لالتزام أو ناقلا له . فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد .

وقد نقل القانون المدنى الفرنسى هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن بوتييه ودوما، إذ عرف العقد في المادة ١١٠١ بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شئ أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . فالعقد إذن بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشئ التزاماً ، فهو نوع (espéce) والاتفاق جنس (genre) له . ويلاحظ أن التعريف الذى أورده القانون الفرنسى يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٧ - لا أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد : ولا نرى أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد. ونتفق في هذا مع أكثر الفقهاء . وإذا كان الفقهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية ، فهى تختلف فى العقد عنها فى الاتفاق ، فإنه يلاحظ على هذا الرأى أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها، فهى فى عقود التبرع مثلا غيرها فى عقود المعاوضة، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقاً ما بين الهبة والبيع من حيث أن كلا منهما عقد لمجرد أن الأهلية تختلف فى أحدهما عنها فى الآخر .

وكان المشروع التمهيدى يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . فنصت المادة ١٢٢ من هذا المشروع على أن «العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة

قانونية أو تعديلها أو إنهائها» . وهذا هو تعريف المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة الأولى منه. وقد قصد من إيراد هذا التعريف في المشروع نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق، وجعلهما شيئاً واحداً كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية [١] . وإذا كان هذا التعريف قد حذف في المشروع النهائي فإن هذا الحذف لا يعني عدولا عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد، بل كان الحذف مجاراة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية [٢] .

لذلك نرى أن يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

٣٨ – وجوب الاتفاق على إحداث أثر قانوني : والمهم في العقد أن يكونو هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني . فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني المقصود من هذه الكلمة . ويتبين ذلك من الظروف والملابسات .

فقد يدعو شخص آخر إلى وليمة، في نطاق المجاملات الاجتماعية، فيقبل المدعو ، ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشأ التزاماً قانونياً فيما بينهما. فإذا تخلف المدعو أو عدل الداعي لم تترتب على ذلك مسئولية في جانب من أخل منهما بوعده . ولكن قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً إذا قصد المتعاقدان ذلك . ويتبين قصدهما من الظروف . فإذا اتفقت شركة مع مستخدم عندها على أن تقدم له الغذاء أثناء عمله في جهة نائية، أو تعهد صاحب الفندق أن يقدم الطعام للنزيل، فهذا التعهد ذو أثر قانوني وهو ملزم للمتعهد .

وقد يتبرع صديق لصديقه بتقديم خدمة مجانية دون أن يقصد الالتزام قانوناً بتقديم هذه الخدمة . فإذا وعد مزارع جاره أن يقدم له المعونة دون مقابل في حصاد زرعه، أو تقدم طبيب لمعالجة صديق له دون أجر ، أو عرض شخص على صديقه أن يستصحبه في سيارته، فلا تنطوي هذه الاتفاقات على معنى الإلزام . وإنما يكون الإلزام إذا قصد إليه الطرفان . فالطبيب الذي تعهد أن يعالج فقيراً دون أجر يلتزم قانوناً بذلك .

وقد تقوم اتفاقات بين أعضاء الأسرة لا يقصد بها عقد التزامات قانونية . فالولد الذي يعمل مع أبيه في صناعته، والزوجة التي تعين زوجها في تجارته ، والأب الذي يعد ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان ، لا يقصد أي منهم أن يرتبط ارتباطاً ملزماً . ولكن إذا قام هذا القصد ترتب على قيامه الارتباط القانوني . فقد يعمل الولد أجيراً عند أبيه ، وقد تشارك الزوجة زوجها في تجارته ، وقد يعد شخص بجائزة من يقدم خير تصميم لمبنى يريد إقامته فيفوز ابنه المهندس بالجائزة .

٣٩ – تحديد منطقة العقد : وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠ في الهامش.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الهامش و ص ٩ في الهامش .

عقداً. بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية.

فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة ، اتفاق بين النائب وناخبيه ، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف . ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً إذ هي تقع في نطاق القانون العام: الدولي والدستوري والإداري .

والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبنى . ولكن يجدر ألا تدعى هذه الاتفاقات عقوداً وإن وقعت في نطاق القانون الخاص، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية .

فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد. تستوي في ذلك العقود التي يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة وتلك التي يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر ، والعقود التي توفق ما بين مصالح متعارضة وتلك التي تجمع ما بين مصالح متوافقة، والعقود الذاتية (actes subjectifs) وتلك التي تنظم أوضاعاً مستقرة (actes-règle, actes-condition) . وكان بعض فقهاء القانون العام يريدون إخراج عقود الإذعان (contrats d'adhésion) والعقود التي تجمع ما بين المصالح المتوافقة كعقد الشركة ، والعقود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية (Contrats collectifs) ، وعن منطقة العقد . ولكن هذا الرأي لم يسد في القانون المدني .

٤٠ – المذهبان الشخصي والمادي في العقد : سبق أن أشرنا إلى مذهبين في الالتزام، أحدهما شخصي ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية، والآخر مادي ينظر إليه كقيمة مالية. هذان المذهبان نراهما أيضاً في العقد . فالمذهب الشخصي يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية . والمذهب المادي يراه وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية .

والقوانين اللاتينية ، هنا أيضاً ، هي التي تذهب مذهباً شخصياً في العقد، وتأخذ بنظرية الأرادة الباطنة (volonté interne)، وعندها أن العبرة بإرادة المتعاقدين التي يكنانها في الضمير ، وما التعبير المادي عن هذه الإرادة إلى مجرد دليل يكشف عنها . فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ به ، وإلا فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

أما القوانين الجرمانية فتأخذ في كثير من الأحوال بالإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration de volonté) التعبير عن الإرادة، ولا شأن لها بالإرادة الحقيقية . فالتعبير المادي عن الأرادة ليس مجرد دليل عليها ، بل هو الإرادة ذاتها : الإرادة في ثوبها الاجتماعي حيث يمكن التعرف عليها . وهذا المظهر المادي هو المظهر الذي يجب الوقوف عنده، ما دام العقد ينشئ روابط اجتماعية . ولا عبرة بالإرادة التي تنطوي عليها النفس، فهي من الظواهر النفسية ، لا يعبأ القانون بها وهو ينظم الروابط الاجتماعية . وسنعود إلى هذا الموضوع ببيان أوفى فيما يلي :

§ ٢ – مبدأ سلطان الإرادة
(Autonomie de la volonté)

٤١ – عرض عام للمبدأ : يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية .

وعندهم أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد . فهو الغاية ، ولخدمته يسخر المجموع. والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، بل إن مظهر هذه الشخصية هي الأرادة الحرة المستقلة . وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية ، فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الأرادة آية الشخصية من الناحية القانونية. ولما كان الفرد يعيش في المجتمع ، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة . فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً . وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشى مع القانون الطبيعي، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . فالإرادة الحرة هي إذن مبدأ القانون ، والغاية التي ينتهي إليها . وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين . هذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعنى به . وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق ، ولا عليه أن يرى إلى أي حد يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد، فالفرد لا المجموع هو الذي يحمى القانون .

هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر في القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي على أثر تطور النظم الاقتصادية . ولكن استمرار هذه النظم في التطور، وظهور الصناعات الكبيرة ، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، مهد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار، فقامت هذه المذاهب معارضة للمذاهب الفردية ، وكان من ذلك أن أنتكص مبدأ سلطان الإرادة ، وجعل خصومه يمعنون في نقده ، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين يضعون الأمور في حدودها المعقولة .

فنحن نتبع في بحثنا هذه المراحل الأربع ، فنرى كيف نشأ هذا المذهب، وما بلغ إلى من المدى عند بلوغه ذروته ، وكيف رجع القهقرى بعد ذلك، ثم كيف وضع الأمر في نصابه المعقول . ولا نزعم بذكر هذه المراحل أنها تحققت عملا في التاريخ، وإلا فإن سلطان الإرادة الكامل لم يتحقق في أية مرحلة منها على النحو الذي يصفه أنصار المبدأ المتطرفون . وإنما نعني أن هناك تطوراً في منحى التفكير الاجتماعي نقسمه إلى مراحل توخياً للإيضاح في بسط هذه الآراء . ونحن في ذلك لا نؤرخ وقائع اجتماعية، بل نتتبع تطور نظريات ومذاهب .

٤٢ – كيف نشأ مذهب سلطان الارادة : لم يعترف القانون الروماني في أي عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملا. بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة

من حركات وإرشادات وألفاظ وكتابة . أما مجرد توافق إرادتين (nudum pactum) فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً . فكان المدين لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة، يكون التزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للآداب . فالعقد الشكلي كا ن عقداً مجرداً صحته يستمد من شكله لا من موضوعه . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت وتعقدت سبل الحياة . فكان من ذلك توزيع العمل، والحاجة إلى كثرة التبادل ، ووجوب السرعة في المعاملات . واقترن هذا كله بتقدم في التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني . ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين ، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً (causa civilis) للالتزام قد توجد أسباب غيره . ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة . وانتصر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية . وانتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطورية (pactes prétoriens) والعقود الشرعية (pactes légitimes) . ولكن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحله مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام . بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هي التي تخلق العقد بقدر اختلف قوة وضعفاً بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات . وبقي العقد اللفظي (contrat verbal) إلى آخر عهود القانون الروماني هو القالب الذي يصبون فيه ما تبدو الحاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة .

أما في العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً. فقد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثاني عشر . ثم أخذت تحور، وكانت متجهة إلى التناقص . وأخذت الإرادة يقوى أثرها في تكوين العقد شيئاً فشيئاً. وساعد على هذا التطور عوامل أربعة :

١ – تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة : فكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده ، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص ، عد الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها . بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية . وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى (actio ex undo pacto) أمام المحاكم الكنسية .

٢ – إحياء القانون الروماني والتأثر به : ونحن نعلم أن القانون الروماني كان قد وصل في تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقوده الملزمة . وتوسعوا في تفسير تلك الروح ، وفهموا خطأً أن القانون الروماني يقرر مبدأ سلطان الإرادة. فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ . وأصبحت القاعدة في القا نون الفرنسي القديم هي ما كان استثناء في القانون الروماني .

٣ – العوامل الاقتصادية : بعد أن زاد النشاط التجاري وقويت حركة التعامل اقتضى

الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال . فكانت المحاكم التجارية الإيطالية فى القرن الرابع عشر تقضى طبقاً لقواعد العدالة . والعدالة لا تميز بين العقد الشكلى ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام .

٤ – العوامل السياسية : وكان ذلك بطريق التدرج فى بسط نفوذ الدولة ، وتدخلها شيئاً فشيئاً فى الروابط القانونية بين الأفراد ، والأخذ فى حماية العقود التى تتم بمجرد الاتفاق. وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة ، وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً فى الفطرية والسذاجة .

وما جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقرراً . وما كاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية، وكلها مشبعة بروح الفردية ، وقد بلغت أوجها فى القرن الثامن عشر ، وهى تشيد بوجود قانون طبيعى مبنى على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما فى الحياة من نظم اقتصادية. وقد قام الفزيوقراطيون (physiocrates) ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً، ويذهبون إلى أنه لو تركت الناس أحراراً فى نشاطهم الاقتصادى وفتحت أبواب لمنافسة بينهم، فلا تلبث الأمور أن تستقر، وتتحدد الأسعار من طريق المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحكمى يمليه المشرع . ومعنى هذا أن الإرادة وحدها هى التى يجب أن تسيطر فى الميدان الاقتصادى ، وأن العقود لا تخضع فى تكوينها وفى الآثار التى تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين . وصحب هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها روسو (Rousseau) فى كتابه المعروف بالعقد الاجتماعى (contrat social) ، فكانت حرية الفرد واستقلال إرادته هى المحور الذى يدور عليه تفكير ذلك العصر. وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها ، وسلمتها إلى المشرعين فى أوائل القرن التاسع عشر، فوضع قانون نابليون على أسس تقديس حرية الفرد والإمعان فى احترام إرادته .

٤٣ – مدى ما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة : استقر هذا المبدأ وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمشى فيه المنطق القانونى أصبح يشتمل على أصلين : (أولا) كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ، ترجع فى مصدرها إلى الإرادة الحرة . (ثانياً) لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات، بل هى أيضا المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار .

فالإرادة الحرة هى التى تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة تتجلى قوية فى العقد . فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتيهما . ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه ، كما لا يكسب أحدا حقاً من عقد لم يشترك فيه . أما نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة فى قانون نابليون ، ولم يحصل التوسع فيها إلا فى العهد الأخير . فالعقد إذن يرتكز على الإرادة ، بل هو يتمحض إرادة خالصة إذا قلنا إن إرادة المدين وحدها هى التى تلزمه. وسنرى ذلك عند الكلام فى الإرادة المنفردة . وشبه العقد مبنى على إرادة مفروضة .

والجريمة وشبه الجريمة مردهما إلى الإرادة الحرة . والقانون نفسه إذا رتب التزامات فإنما هو يفترض فى ترتيبها أن الملتزم ارتضاها فى ذمته التزاماً .

وليس سلطان الإرادة مقصوراً على تولى الالتزامات وحدها، بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى . فالملكية مبنية على حرية الإرادة ، بل هى الحرية فى مظهرها الملموس المادى. وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أى على الإرادة . والميراث مبنى على وصية مفروضة. وطرق التنفيذ الإجبارى ذاتها ترتكز على الإرادة الحرة ، فهى طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة . بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا فى الإرادة ، فالمجرم الذى خرج على المجتمع قد ارتضى مقدماً أن يناله الجزاء . ذلك لأن القانون ما هو إلا وليد الإرادة ارتضاه الناس بأنفسهم أو بممثليهم واختاروا الخضوع لسلطانه ، والمجتمع البشرى ذاته، أليست دعامته هذا العقد الاجتماعى الذى نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين !

وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة ، كذلك الأثر الذى يترتب على الالتزام، فهو خاضع للإرادة أيضاً . ولهذا الأصل ناحيتان :

الناحية الأولى أن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً فى ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره لإن التزامه إنما بنى على إرادته . فلا يصح أن نقيد من أثر العقد بدعوى أن هناك غبناً لحق أحد المتعاقدين ما دام قد ارتضى هذا الغبن . والعامل الذى يتعاقد مع رب العمل حراً مختاراً يجب عليه أن ينفذ ما التزم به ، ولا يحتج بأن الشروط التى ارتضاها جائرة . وليس المهم فى العقد أن يكون هناك تعادل بين الشيئين المتبادلين ، بل يكفى أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل فى الأنسان الحرية واستقلال الإرادة ، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا فى حدود رسمها القانون ، كأن يكون المتعاقد قاصراً فى السن أو فى العقل ، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش. أما فى غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل ينفذ ارادته ، فإذا التزم بشئ كان العدل أن يقوم بما التزم به. أما ما يقال عن التضامن الاجتماعى والتعسف فى استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام، فهذه الأشياء لا ينبغى أن تغرق فى التحديد من سلطان الإرادة . وإذا كنت قواعد العدالة والنظام العام تعنى بشىء، فلا أحق بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملا فى تفسير العقد وترتيب نتائجه القانونية .

والناحية الثانية من هذا الأصل أن العقد، وقد تم بتوافق إرادتين مستقلتين، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين . فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله، ولا يجوز للقاضى نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه أو أن يضيف إليه ما ليس منه .

٤٤ – انتكاص مبدأ سلطان الارادة (نقد المبدأ) : إذا أرجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهى العوامل التى أدت إلى انتشار روح الفردية فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة،

وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على أثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها فى وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كن من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادى، وانتكص متأثرا بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تفنيد النتائج التى وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق فى نواح ووهم فى نواح أخرى ، فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهى مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقده لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرهما فى المعاملات والثقة التى يولدها التعاقد فى نفوس المتعاقدين ، وهى التى تستند إليها قوة الإلزام فى العقود . وقد لا يتم اتحاد حقيقى بين الإرادتين عند التعاقد ، ومع ذلك فاتحادهما حكما يكفى ما دام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر. وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعى وتوجيه الإرادة فى هذا السبيل ، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان . وهناك نظرية ألمانية لا تحفل بالإرادة الباطنة ولا تجعل لها سلطاناً ، بل تنظر إلى الإرادة الظاهرة لأنها وحدها الشئ المحسوس كحقيقة اجتماعية ، وهى التى يؤبه لها لأنها تولد الثقة المشروعة .

أما إسناد مصادر الالتزام الأخرى إلى الإرادة فالحجة فيه أوهى . وقد تبين أن ما يسمى بشبه العقد لا يشبه العقد فى شئ من حيث استناده إلى الإرادة . كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يتولد الالتزام فيهما من القانون ، وهو التزام يترتب على عكس مقتضى إرادة من صدر منه العمل غير المشروع ، فإن هذا لم يرد أن يلتزم بعمله ، بل أراد النقيض من ذلك، فيلزمه القانون رغماً عن إرادته ، فأين نحن هنا من سلطان الإرادة ! ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً يحول دون الأخذ بمسئولية المجنون والطفل والأخذ بالمسئولية المادية، وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة ، وفى الأخذ بها إلى مدى معين إرضاء للعدالة، ومطاوعة لأسباب الاستقرار ، وسير فى طريق التقدم .

وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التى يزعمون أن مصدرها الإرادة، رأينا أن وهم القائلين بهذا الرأى هنا أيضاً يتجسم . فالملكية ليست إرادة المالك ، بل إن هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعى ، وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار . وليس الميراث مبنياً على وصية مفترضة ، بل الواقع من الأمر أن الميراث سبق الوصية فى التطور التاريخى ، وأساسه اشتراك الأسرة فى ملكية الأموال . أرأيت لو كان المورث طفلاً أو مجنوناً أكان يصح الزعم بأن ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج ، فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين فى مركز قانونى نظمه المشرع نفسه طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأسرة ، ولا دخل لإرادة الزوجين فى ذلك . أما القول بأن المجرم قد ارتضى توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى

التهكم منه إلى الحقيقة، وإلا فأى مجرم رأى فى العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ! إنما العقوبة ترجع فى مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المجرم فيها .

٤٥ – وضع الأمور فى نصابها – إلى أى حد تسيطر الارادة على العقود : تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذى وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقاً فى كل نواحى القانون . وهذه المبالغة كانت سبباً فى مبالغة تعارضها ، وقام خصوم المبدأ هم أيضا يقولون بنبذه مرة واحدة . وبين الإمعان فى إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة فى رده إلى أضيق الحدود ، وجد المعتدلون مجالا لوضع الأمور فى نصابها الصحيح .

ونحن إذ توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف ، تبينا أن الإرادة لا سلطان علها فى دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التى تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد . أما العقد الاجتماعى المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود . فعقد الزواج ، وهو الأساس الذى ترتكز عليه الأسرة ، مصدره إرادة المتعاقدين، ولكن الآثار التى تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة ، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط الأسرة لا شأن للإرادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً . وهى فى الحقوق العينية أضعف نشاطاً منها فى الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها ، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً فيها. ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل إن القانون هو الذى يتولى فى الغالب تحديد مداها .

ولكن الإرادة فى الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهى مصدر لكثير من هذه الحقوق، وهى التى ترتب آثارها . ومع ذلك لا نريد أن نبالغ فى أهمية الإرادة حتى فى الحقوق الشخصية . فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق، فذلك لا يمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعد لها فى الأهمية كالعمل غير المشروع ، أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب .

وإذا خلصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول فى هذا الميدان أوسع ما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى . ولكن حتى فى هذا الميدان ، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ، وجدنا أنها محدودة فى ذلك بقيود النظام العام والآداب. بل إن إرادة الفرد – حتى فى داخل هذه القيود – يضعف أثرها فى بعض العقود التى تضع نظماً ثابتة للطوائف والجماعات ، كما فى الجمعيات والشركات والنقابات ، فهذه تنظمها الجماعة التى تنتمى إليها ولا تعتد فى تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها وهناك عقود الجماعة (contrats collectifs) ، كعقد العمل الجامع (contrat collectif du travail) ، وصلح أغلبية الدائنين مع المفلس ، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية ،

كذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وانتصار القانون للجانب الضعيف ، كما نرى فى تشريع العمال وفى عقود الإذعان وفى نظرية الاستغلال وهى نظرية تتوسع تدرجاً فى القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود .ثم إن الإرادة وهى فى دائرة كل هذه القيود لا تزال خاضعة أيضاً لشكلية تتطلبها بعض العقود حماية للمتعاقد الذى يقدم على أمر خطير كما فى الهبة والرهن الرسمى . وهى تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية للغير حسن لنية . وتخضع أخيراً لقواعد الإثبات وهى قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الناحية العملية .

هذه هى الحدود التى يرسمها القانون فى الوقت الحاضر ميدانا لسلطان الإرادة. فهو يعترف بهذا السلطان ، ولكن يحصره فى دائرة معقولة ، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام .

٣ – تقسيم العقود

٤٦ – تقسيمات مختلفة : ذكر القانون المدنى الفرنسى بعض تقسيمات للعقود فى غير استقصاء . والتقسيم أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع . لذلك لم يعرض له القانون المدنى المصرى ، لا القديم ولا الجديد [1] . كذلك لم تعرض له التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى .

ويمكن تقسيم العقد عدة تقسيمات إذا نظر إليه من وجهات مختلفة .

فالعقد من حيث التكوين إما أن يكون عقداً رضائياً (contrat consensuel) أو عقداً شكلياً (contrat solennel) أو عقداً عينياً (contrat réel) .

وهو من حيث الموضوع إما أن يكون عقداً مسمى (contrat nommé) أو عقداً غير مسمى (contrat innommé) . وإما أن يكون عقداً بسيطاً (contrat simple) أو عقداً مختلطاً (contrat mixte) .

وهو من حيث الأثر إما أن يكون عقداً ملزماً للجانبين (contrat synallagmatique, bilatéral) أو عقداً ملزماً لجانب واحد (contrat unilatéral) . وإما أن يكون عقد معاوضة (contrat à titre conéreux) أو عقد تبرع (contrat à titre gratuit) .

وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً محدداً (contrat commutatif) أو عقداً احتمالياً (contrat aléatoire) . وإما أن يكون عقداً فورياً (contrat instantané) أو عقداً زمنياً (contrat successif) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد تعمد المشروع إغفال تقسيمات العقود التى توجد فى أكثر التقنينات اللاتينية النزعة ، لأن العناية بها من شأن الفقه. ولذلك رؤى من الأحوط أن تهمل فى النصوص التشريعية» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ فى الهامش) .

١ – العقد الرضائى والعقد الشكلى والعقد العينى

٤٧ – العقد الرضائى : هو ما يكفى فى انعقاده تراضى المتعاقدين ، أى اقتران الإيجاب بالقبول . فالتراضى وحده هو الذى يكون العقد . وأكثر العقود فى القانون الحديث رضائية. كالبيع والإيجار . وقد تقدم أن القانون لم يبلغ هذه القاعدة طفرة، بل تطور إليها تدرجاً .

ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط فى إثباته شكل مخصوص . إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته . فما دام يكفى فى وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائى ، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها . والفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للاثبات (ad probatinum) فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين . أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً فى العقد (ad solennitatem) فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين .

٤٨ – العقد الشكلى : هو ما لا يتم بمجرد تراضى المتعاقدين ، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون . وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد . ولم يبق فى القانون الحديث إلا عدد قليل من العقود الشكلية، الغرض من استبقاء شكليتها هو فى الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد ، كما فى الهبة والرهن [1] .

---

(١) وقد يكون العقد رضائيا فى أصله فيتفق المتعاقدان على أن يكون شكليا ، أى أن الشكلية تكون واجبة باتفاق المتعاقدين لا بحكم القانون . مثل ذلك أن يتفق المتعاقدان ، بمقتضى عقد ابتدائى، أن يكون التعاقد النهائى بالكتابة ، أو بمقتضى شرط فى عقد الإيجار أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة. فتكون الكتابة فى مثل هذه الحالات ركنا شكلياً لا يتم العمل القانون إلا باستيفائه . وقد يقصد المتعاقدان من اشتراط الكتابة أن تكون للاثبات لا لتكوين العمل القانونى . وإذا قام شك فى تفسير قصد المتعاقدين هل الكتابة ركن شكلى أو هى الطريق للاثبات ، فالقضاء فى مصر وفرنسا يتلمس من ظروف الواقع قرينة على ترجيح أحد الفرضين ، فإذا لم توجد قرينة مرجحة كان المفروض أن المتعاقدين اشترطا الكتابة للاثبات لا للانعقاد لأن الأصل فى العقود أن تكون رضائية . أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١٠٥ – محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ – ولكن القضاء المصرى لم يستقر على هذا المبدأ وسيتبين ذلك فيما يلى – أنظر أيضا فى هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ يونية سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ – ١ – ٢٨٣ – وحكم آخر فى ١٤ مايو سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٢٨١ مع تعليق فاليرى Valéry .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذه المسألة يرجح أن تكون الكتابة للانعقاد لا للاثبات ، فكانت المادة ١٤٩ من هذا المشروع تنص على أنه «إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفى العقد شرطا خاصا لم يشترطه القانون ، فالمفروض عند الشك أنهما لم يقصدا أن يلتزما إلا من الوقت الذى يستوفى فيه العقد الشكل المتفق عليه» . وقد جرى المشروع فى ذلك على نهك كثير من التقنينات الحديثة (القانون الألمانى م ١٢٥ وم ١٥٤ فقرة ٢ – قانون الالتزامات السويسرى م ١٦ – القانون البولونى م ١٠٩) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «إذا اتفق المتعاقدان على وجوب استيفاء شكل معين ، سواء إكان ذلك بمقتضى عقد تمهيدى أم كان =

وقد تقدمت الإشارة إلى أن العقود بدأت تكون شكلية فى القديم ، وتطورت بعد ذلك إلى أن صار أكثرها رضائياً والقليل هو الشكلي . وتختلف الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة فى أنها أكثر مرونة . وتختلف عنها أيضاً ، وبوجه خاص ، فى أنها لا تكفى وحدها فى تكوين العقد . فالشكلية الحديثة ، إذا كانت لازمة ، فهى ليست بكافية ، بل لابد أن تقترن بإرادة المتعاقدين . فالإرادة هى التى يقع عليها الشكل . أما الشكلية القديمة فكانت وحدها هى التى تكوّن العقد ، لذلك كان لا يجوز الطعن فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية . فالشكلى إذن كان هو العقد لا الإرادة [1] .

= بمقتضى شرط معين فى عقد أصلي – كما هو الشأن فى اشتراط الكتابة فى التنبيه بالإخلاء فى عقود الإيجار – فيفرض أن نيتهما قد انصرفت إلى ترتيب البطلان على عدم مراعاة هذا الشكل . وهذه هى دلالة القرينة التى تقيمها المادة ١٤٩ من المشروع . على أن الأمر لا يعدو مجرد قرينة بسيطة، يجوز إسقاط حكمها بإثبات العكس (التقنين الألمانى تعليقات ج ١ ص ١٣٦) . وقد ذهب القضاء المصرى إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلا ينطوى على تكليف جديد، فيشترط أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) . أما فيما يتعلق بالشكل الذى يتفق عليه المتعاقدان فلم يستقر القضاء على رأى بشأن دلالة الاتفاق عند الشك، = – فهل يستتبع إغفال الشكل فى هذه الحالة بطلان العقد ، أم يعتبر الشكل مشروطا لتهيئة طريق للاثبات فحسب ؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة أنه لا يجوز لسمسار أن يتمسك بحصول الاتفاق بين المتعاقدين ليتأدى من ذلك إلى المطالبة بالسمسرة المتفق عليها إذا كان البيع قد علق على شروط عدة وأرجأ المتعاقدان ارتباطهما النهائى إلى وقت التوقيع على عقد يحرره محاموهما ما دام أن التوقيع لم يحصل (١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨١) . وعلى هذا النحو اعتبرت المحكمة أن إغفال الشكل الذى اتفق عليه يستتبع البطلان دون أن ينص صراحة على ذلك . على أن هذه المحكمة نفسها قد حكمت فى قضية أخرى بأن العقود الرضائية تتم بمجرد التراضى ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على التعاقد بعقد رسمى مع النص صراحة على انصراف نيتهما إلى تعليق الارتباط على إتمام العقد من طريق التوقيع عليه أمام موثق العقود (١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١) . ويلوح أن المحكمة قد جنحت فى هذا الحكم الأخير لاشتراط الاتفاق صراحة على أن إغفال الشكل المتفق عليه يستتبع البطلان . ومن المحقق أن النص الذى اختاره المشروع فى المادة ١٤٩ من شأنه أن يضع حداً لتردد القضاء فى هذا الصدد» . ولكن المادة ١٤٩ من المشروع التمهيدى عندما تليت فى لجنة المراجعة اقترح حذفها لإمكان الاستغناء عنها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم حذف هذا النص فى المشروع النهائى (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ – ص ٧٤ فى الهامش) . وقد كان من الخير إبقاء النص حتى يضع حداً لتردد القضاء على ما تقول المذكرة الإيضاحية . أما وقد حذف، فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة . ولما كان الأصل فى العقد أن يكون رضائياً، فالأولى عند الشك أن يكون الكتابة للاثبات لا للانعقاد . والراجح فى القضاء المصرى والفرنسى يؤيد هذا الرأى كما قدمنا.

(١) ويلاحظ أن كل عقد شكلى يكون التوكيل فى عمله شكليا أيضا (م ٧٠٠ من القانون المدنى الجديد) ، وكذلك الوعد بإبرام عقد شكلى يكون شكليا (م ١٠١ فقرة ٢) ، وإجازة العقود الشكلية تكون شكلية مثلها . ويستوفى الشكل أيضا فيما يدخل على العقد الشكلى من تعديل لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يورد بعض هذه الأحكام ، فكانت المادة ١٤٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى :

«١ – إذا فرض القانون شكلا معينا لعقد من العقود ، فلا يكون العقد صحيحاً إلا باستيفاء هذا الشكل ، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك» . =

٤٩ – **العقد العينى** : هو عقد لا يتم بمجرد التراضى ، بل يجب لتمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد . ولا يكاد يوجد فى القانون المدنى الجديد مثل للعقد العينى إلا هبة المنقول ، فهذه قد تكون عقداً شكلياً إذا تمت بورقة رسمية ، وقد تكون عقداً عينيا إذا تمت بالقبض (م ٤٨٨ من القانون المدنى الجديد) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أنّ

= «٢ – إذا قرر القانون للعقد شكلا معينا ، فيجب استيفاء هذا الشكل أيضا فيما يدخل على العقد من تعديل ، لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «يقضى التقنين الألمانى (المادة ١٢٥) والتقنين السويسرى (المادتان ١١ ، ١٢ من قانون الالتزامات) والتقنين البرازيلى (المادة ١٣٠) بأن عدم استيفاء عقد من العقود للشكل الذى يفرضه القانون له يستتبع البطلان أصلا ، ما لم ينص على خلاف ذلك . وقد أقر المشروع اتباع هذا المذهب مخالفا مذهب التقنين البولونى (المادة ١١٠) فى هذا الشأن . فإذا تطلب القانون شكلا خاصا وأطلق الحكم بغير تعقيب ، فمن الطبيعى أن يكون استيفاء هذا الشكل شرطا لوجود العقد . أما إذا كان الشكل قد فرض لتهيئة طريق الإثبات فحسب، فمن واجب القانون أن ينص صراحة على ذلك . وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم إلا بالكتابة يعتبر باطلا إذا لم يستوف فيه هذا الشرط ، إلا أن يكون القانون قد قضى بغير ذلك . ويلاحظ أن معنى التعديل يتحقق فى الشروط التى تتعارض مع مضمون العقد الأول، لا فى الشروط التفصيلية أو التكميلية التى لا تنطوى على مثل هذا التعارض . فالاتفاق على ترميم منزل بيع بمقتضى عقد تم بالكتابة ليس إلا شرطا تفصيليا لا ضرورة للكتابة فيه . ويختلف عن ذلك حكم ما يضاف إلى التعاقد الأول من شروط أو نصوص جديدة (فيك ومورلا : تعليقات على تقنين الالتزامات السويسرى ج ١ المادة ١٢ نبذة ٤ و ٥) .... وقد ذهب القضاء إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلا ينطوى على تكليف جديد، فيشترط أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينه منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣)». وعندما تليت المادة ١٤٨ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، رأت اللجنة بعد المناقشة حذفها ، استناداً إلى أنه فى الحالة التى يصرح فيها المشرع بالمهمة التى يريدها للشكل الذى قرره للعقد لا تقوم أية صعوبة ، وفى الحالة التى لا يصرح فيها فبذلك يترك الأمر لتقدير القاضى دون الأخذ بقرينة أخرى.. (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٢ – ص ٧٤ فى الهامش) .

وها أيضا كان من الخير إبقاء النص حتى لا يضطرب القضاء فى تفسير نية المشرع فى مسألة جوهرية كهذه المسألة . وقد كان النص المحذوف يتضمن قرينة قانونية على أن الشكل الذى يفرضه القانون يكون عند الشك للانعقاد لا للاثبات . وما دام النص قد حذف، وزالت بحذفه هذه القرينة القانونية، لم يبق إلا الرجوع إلى القواعد العامة فى التفسير . وعندنا إنه إذا غم الأمر ولم يتبين القاضى – بعد أن يستنفد وسائل التفسير – ما إذا كان المشرع أراد الشكل للانعقاد أو للاثبات، فالأولى أن يكون الشكل للانعقاد لا للاثبات . ولا يجوز هنا أن يقال – كما قيل فى الشكل الذى يتفق عليه المتعاقدان – إن الأصل فى العقد أن يكون رضائيا . فإن هذا الأصل إنما يصدق بالنسبة إلى المتعاقدين لا بالنسبة إلى المشرع . ولا يصح أن نسلم فى يسر بأن المتعاقدين أرادوا خلق شكل لا يوجد العقد بدونه إلا إذا نصوا صراحة على ذلك . أما المشرع فسلطانه كامل فى أن يخلق الشكل الذى يريد، ومتى فرض شكلا ، ولم يقم دليل على أنه مقرر للاثبات ، فالمفروض أنه مقرر لانعقاد العقد .

هذا وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية مثل على الشروط التفصيلية والتكميلية التى لا تتعارض مع مضمون العقد المكتوب فلا تشترط فيها الكتابة . أما الشروط التى تدخل على العقد المكتوب تعديلا فتشترط الكتابة فيها ، فمثلها أن يتفق البائع والمشترى بعد كتابة عقد البيع على إنقاص الثمن أو على زيادته .

يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ شطر من التزامه. ففى عقود التأمين يشترط أحياناً ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول ، والشرط صحيح فى هذه الحالة ، ويكتسن العقد عينياً ولكن العينية هنا مصدرها الاتفاق لا القانون .

أما القانون المدنى القديم فكان يسير على نهج القانون الفرنسى ، ويجعل إلى جانب هبة المنقول عقوداً عينية أخرى أربعة : القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة ، وكلا القانونين ورث عينية هذه العقود الأربعة عن القانون الرومانى دون مبرر . فقد كانت هذه العينية مفهومة فى القانون الرومانى حيث كانت العقود فى الأصل شكلية . ثم استغنى عن الشكل بالتسليم فى بعض العقود ، وهذه هى العقود العينية . ولم يسلم بأن التراضى وحده كاف لانعقاد العقد إلا فى عدد محصور من العقود سمى بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبح التراضى، كقاعدة عامة ، كافياً لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتض لأحلال التسليم محل الشكل. وقد قللت بعض التقنينات الحديثة عدد هذه العقود العينية ، فاستبقى القانون الألمانى منها القرض ورهن الحيازة ، ولم يستبق قانون الالتزامات السويسرى إلا رهن الحيازة وحده .

٢ – العقد المسمى والعقد غير المسمى

٥٠ – العقد المسمى : هو ما خصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس فى تعاملهم . والعقود المسماة فى القانون الجديد إما أن تقع على الملكية، وهى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وإما أن تقع على المنفعة وهى الإيجار وعارية الاستعمال . وإما أن تقع على العمل وهى المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهى المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهى الكفالة والرهن الرسمى ورهن الحيازة .

ويلاحظ أن العقد المسمى ، فى غير النصوص التفصيلية التى تولت تنظيمه ، يخضع للقواعد العامة التى يخضع لها سائر العقود .

٥١ – العقد غير المسمى : هو ما لم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه، فيخضع فى تكوينه وفى الآثار التى تترتب عليه للقواعد العامة التى تقررت لجميع العقود، شأنه فى ذلك شأن العقد المسمى . ولكنه لما كان أقل شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة [1] .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشير إلى ذلك ، فينص فى المادة ١٢٣ على ما يأتى :

«١ – تسرى على العقود ، المسماة منها وغير المسماة، القواعد العامة التى يشتمل عليها هذا الفصل. ٢ – أما القواعد التى ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة فى الفصول المعقودة لها ، وتقرر قونين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية» . وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى. وليس يقصد به إلى ترك يد الفقه والقضاء طليقة فى تمييز أنواع أو أنماط مختلفة من العقود=

وتتفاوت التقنينات فيما تسميه من العقود وتفصل أحكامه . وقد كان القانون المدنى القديم لا ينظم عقد التزام المرافق العامة ولا المقامرة والرهان ولا عقد التأمين ، ويقتضب اقتضابا مخلا تنظيم عقود المقاولة والعمل والحراسة . فعالج القانون الجديد هذه الأمور. ولازالت هناك عقود غير مسماة صالحة لأن تنظم فتصبح عقوداً مسماة كعقد النشر وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة وعقد النزول فى الفندق .

ومن الأمثلة على العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه وأن يتفق على هذا العمل فى نظر جزء من هذا الميراث يأخذ إذا وفق فى إثبات الإرث (contrat de révélation de sucecession) ، وأن يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول شيئاً مملوكاً للثانى أن يعجل له مبلغاً معيناً وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه . والعقد بين مدير المسرح والممثلين ، وبينه وبين النظارة، واتفاق إدارة إحدى المستشفيات مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة بعضاً من الأسرة تستخدم للتعليم الطبى ، واتفاق التاجر مع صاحب مصرف على أن يقدم له معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، والعقد بين المصور أو الرسام مع الشخص الذى يصوره أو يرسمه، كل هذه عقود غير مسماة [1] .

= فحسب، بل أريد به ، بوجه خاص، تقرير المبدأ الأساسى الذى يقضى بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام تسرى على العقود المسماة كالبيع والإجارة والشركة. وغنى عن البيان أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوى على استثناء من القواعد العامة . ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعاً ، دون تفريق بين العقود المسماة وغير المسماة ، ما لم يرد نص خاص بشأن الاستثناء» . وعندما تليت المادة ١٢٣ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم أغفل المشروع النهائى هذا النص لأنه يقرر حكما ظاهراً لا حاجة إلى نص . (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ فى الهامش) .

هذا وقد كان للعقود غير المسماة فى القانون الرومانى شأن آخر . فقد كان هذا القانون لا يعترف – فيما خلا العقود الشكلية – إلا بعقود محصورة العدد ، بعضها رضائى ، وبعضها عينى، وأخرى اتفاقات يجعل لها قوة العقود . ومن هذه الاتفاقات عقود اعترف بها تدرجاً وبعد تطور طويل، وهى العقود غير المسماة . وكانت عقوداً لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر . وتنقسم إلى أقسام أربعة : ١ – عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عينى فيتولد فى جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عينى كذلك (do ut des) ، مثل ذلك المقايضة ٢ – عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عينى فيلتزم الطرف الآخر بعمل شئ (do ut facias) ، مثل ذلك الهبة بعوض . ٣ – عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شئ فيلتزم الطرف الآخر بعمل شئ كذلك (facio ut facias) مثل ذلك أن يسلم شخص حيازة شئ لآخر فيلتزم الآخر برد هذه الحيازة عند أول طلب (convention de précaire) ٤ – عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شئ فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عينى (facio ut des) ، مثل ذلك عقد المحاسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها أن يدفع ثمنها المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها ، وهو عقد يدور بين البيع والعمل والوكالة .

(١) أنظر والتون ١ ص ٩٨ – ص ١٠٠ . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العقد الذى يعطى به شخص لأحد مجالس المديريات قطعة أرض نظير تعهد مجلس المديرية بإقامة مدرسة عليها فى مدة معينة يعتبر عقداً غير مسمى (٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٥ ص ٢٣٢) . وقضت محكمة =

٣ – العقد البسيط والعقد المختلط

٥٢ – العقد البسيط : هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجا من عقود متعددة. وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمى كالبيع والإيجار ، كما يكون عقدا غير مسمى كالعقد الذى توضع بمقتضاه أسرة تحت تصرف مدرسة طبية .

٥٣ – العقد المختلط : هو ما كان مزيجا من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحدا . مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة .

وليس هناك من أهمية كبيرة فى امتزاج عدة عقود فى عقد مختلط . فإن هذا العقد إنماتطبق عليه أحكام العقود المختلفة التى يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد فى بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا تنافرت الأحكام التى تطبق على كل عقد من العقود التى يتكون منها . ففى هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسى ، كما فى عقد التليفون ، وهو يدور بين عقد العمل والإيجار، فغلب القضاء المصرى فيه عنصر عقد العمل ورفض دعوى استرداد الحيازة التى رفعها مشترك قطعت عنه المواصلة التليفونية [(١)] ، وكما فى العقد الموصوف بأنه إيجار ابتداء وبيع انتهاء (location-vente) وهو يدور بين البيع والإيجار، فحسم القانون الجديد (م ٤٣٠) النزاع فى شأنه وجعله بيعاً .

٤ – العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

٥٤ – العقد الملزم للجانبين : هو العقد الذى ينشئ التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع فى مقابل أن يلتزم المشترى بدفع الثمن. والظاهرة الجوهرية فى العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

٥٥ – العقد الملزم لجانب واحد : هو العقد الذى لا ينشئ التزامات إلا فى جانب أحد المتعاقدين فيكون مدينا غير دائن ، ويكون المتعاقد الآخر دائناً غير مدين . مثل ذلك الوديعة

= النقض بأنه إذا كان العقد مشتملا على التزامات متبادلة، إذ التزم أحد الطرفين أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكن عقد تبرع، كما أنه ليس ببيع ولا مقايضة ، وإنما هو عقد غير مسمى، فلا تجب له الرسمية . ولا يجوز الرجوع فيه، وذلك على الرغم مما هو وارد فى عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع، فإن كل هذه الألفاظ إنما سيقت لبيان الباعث الذى حدا بصاحب الأرض تمليك المجلس إياها ، فهى لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١ .

غير المأجورة يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع أن يتسلم الشيء المودع وأن يتولى حفظه وأن يرده عيناً ، دون أن يلتزم المودع بشئ نحو المودع عنده .

والعقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو كسائر العقود لا يتم إلا بتوافق إرادتين . وهذا بخلاف العمل القانونى الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) فإنه يتم بإرادة واحدة ويكون التعبير بلفظ «جانب واحد» (unilatéral) إذا اقترن بالعقد يعتبر فيه أثر العقد لا تكوينه ، وإذا اقترن بالعمل القانونى يلحظ فيه تكوين العمل القانونى لا أثره .

٥٦ – أهمية هذا التقسيم : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة ترجع إلى أن العقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة ، وهذا التقابل (interdépendance) يؤدى إلى نتائج هامة لا نراها فى العقد الملزم لجانب واحد حيث لا وجود للتقابل . ونذكر من هذه النتائج ما يأتى :

(١) فى العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد . وهذا ما يسمى عادة بالشرط الفاسخ الضمنى (condition résolutorie tacite, lex commissioria) ، إذ هو شرط مفهوم فى كل عقد ملزم للجانبين (أنظر المادة ١٥٧ من القانون المدنى الجديد) أما فى العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة فلا محل لهذا الفسخ ، لإن المقصود منه هو أن يتحلل الطرف الآخر من التزامه ولا التزام عليه حتى يطلب التحلل منه ، فيبقى أن يطلب تنفيذ الالتزام الثابت فى ذمة الطرف الأول [(١)] .

(١) أصبح عقد القرض وعقد العارية ورهن الحيازة ، فى القانون المدنى الجديد ، عقوداً ملزمة للجانبين بعد أن صارت عقوداً رضائية ، وكانت عينية فى القانون القديم كما أسلفنا الذكر . فالتسليم لم يعد ركناً فى هذه العقود ، بل هو التزام فى ذمة المعير والمقرض والراهن . على أن هذه العقود، حتى عندما كانت عينية فى القانون القديم ، كانت فى رأينا ملزمة للجانبين (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ١٣١ هامش رقم ١) ، إذ أن كلا من المعير والراهن كان – ولا يزال – ملتزماً بترك العين فى يد المتعاقد الآخر إلى الوقت الذى ينتهى فيه العقد . وهذا الالتزام يقابله التزام المتعاقد الآخر بالمحافظة على العين . فإذا أخل هذا بالتزامه ، جاز للمتعاقد الأول فسخ العقد واسترداد العين . وفى عقد القرض يلتزم المقرض بعدم استرداد مثل ما أقرضه إلا عند نهاية العقد ، وهذا الالتزام يقابله التزام المقترض بدفع الفوائد المشترطة. فإذا أخل هذا بالتزامه جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تنطبق على هذه العقود . ثم لا نكون فى حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء بأن قاعدة الفسخ تنطبق على العقود الملزمة لجانب واحد كما تنطبق على العقود الملزمة للجانبين، ولا إلى مسايرة فقهاء آخرين في تسمية الفسخ في هذه العقود بالإسقاط (déchéance)، بل نبقى الفسخ على طبيعته ، ونقصره على العقود الملزمة للجانبين ، ونجعله فى الوقت ذاته ينطبق على العقود التي نحن بصددها . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الفسخ .

ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم في هذه العقود الثلاثة التزاماً لا ركناً . وذلك لأن كلا من المقرض والمعير والراهن إذا فسخ العقد فى حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، فإنه لا يتحلل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بترك الشئ إلى نهاية العقد . =

(٢) في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام، كان للمتعاقد الآخر ، بدلا من أن يطلب فسخ العقد ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، فإذا طولب بالتنفيذ دفع بوقفه حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ التزامه هو (أنظر المادة ١٦١ من القانون المدني الجديد) . وهذا ما يسمونه بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل لهذا الدفع، لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق في ذمته التزام حتى يطلب وقف تنفيذه .

(٣) في العقد الملزم للجانبين يطبق المبدأ القاضي بأن تحمل التبعة (risque) يكون على المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه . ويتلخص هذا المبدأ في أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته فإن الالتزام ينقضي بسبب استحالة التنفيذ، وينقضي معه الالتزام المقابل له ، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه (أنظر المادة ١٥٩ من القانون المدني الجديد) . ويكون المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه قد تحمل تبعة هذه الاستحالة. أما في العقد الملزم لجانب واحد فإن الذى يتحمل التبعة هو المتعاقد الآخر لا المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه . ذلك لأن هذا المتعاقد ينقضي التزامه بسبب استحالة تنفيذه، ولا يعوض المتعاقد الآخر عن ذلك شيئاً لأنه لم يتعلق في ذمته التزام مقابل يسقط بسقوط الالتزام الأول، فيكون هو الذى تحمل التبعة .

= وقد اعترض بعض الفقهاء على هذا الرأى (أنظر الدكتور أحمد حشمت أبوستيت ص ٥٥ – ٦٦ والدكتور عبدالمعطي خيال هامش فقرة ٥٢) . وتتحصل اعتراضاتهم فيما يأتي :

أ) أن وصف الواجب السلبى المفروض على المعير بترك المستعير ينتفع بالعين المعارة ، وعلى الراهن بترك المرتهن يستغل العين المرهونة ، بأنه التزام وصف غير صحيح ، إذ أن هذا الواجب مفروض على الكافة أيضاً .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن الواجب السلبي المفروض على المعير وعلى الراهن يختلف اختلافاً جوهرياً عن الواجب السلبي المفروض على الكافة . فإن الكافة لا تربطهم علاقة شخصية بالمستعير والمرتهن، فواجبهم السلبي في احترام حقهما هو ذات واجبهم السلبى في احترام أى حق آخر. أما المعير والراهن فقد ربطتهما علاقة شخصية بالمستعير والمرتهن ، والتزما نحوهما التزاماً شخصياً بعدم استرداد العين قبل نهاية العقد . والفرق واضح بين التزامهما الشخصي بعدم استرداد العين وواجبهما السلبي في احترام أى حق آخر لا تربطهما بصاحبه علاقة شخصية .

ب) أن تسليم العين المعقود عليها يتضمن في الوقت ذاته الالتزام بعدم التعرض ، فإن هذا هو غاية التسليم . والتسليم وغايته شئ واحد، فتجزئته إلى مجرد تسليم وإلى تعهد بعدم المطالبة أو عدم التعرض تجزئة لما لا يقبل التجزئة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن التمييز بين التسليم وعدم التعرض (أو عدم المطالبة) أمر مألوف، نراه واضحاً في عقود هامة كالبيع والإيجار . ومن المعروف ألا فرق بين العارية والإيجار إلا في الأجرة. وها نحن نرى المؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة وبترك المستأجر ينتفع بها إلى نهاية الإيجار (في القانون القديم) . فلماذا لا يلتزم المعير بتسليم العين المعارة وبترك المستعير ينتفع بها إلى نهاية العارية !

جـ) إذا أمكن تصور الفسخ في هذه العقود ، فلا يمكن تصور الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة.

وردنا على هذا الاعتراض هو أن هذا إنما يرجع إلى الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة يفترضان أن التسليم لم يتم . أما هنا فالتسليم قد تم ، ولم يبق إلا التزام بترك العين إلى نهاية العقد، يقابله التزام بالمحافظة عليها .

(٤) في العقد الملزم للجانبين يعتبر التزام أحد المتعاقدين سبباً (cause) لالتزام المتعاقد الآخر وفقاً للنظرية التقليدية في السبب ، وذلك للتقابل القائم ما بين الالتزامين . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سبباً.

٥٧ – العقد الملزم للجانبين غير التام (contrat synallagmatique imparfait) : وكان القانون الروماني يعرف نوعا من العقود هو وسط بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد، وكان يسميه بالعقد الملزم للجانبين غير التام . وهو عقد ملزم في الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع بتعويض ما أصاب المودع عنده من الضرر بسبب الشئ المودع أو برد المصروفات الضرورية التي أنفقت في حفظ الشئ من الهلاك .

والصحيح أن العقد الملزم للجانبين غير التام إنما هو عقد ملزم لجانب واحد. وما عسى أن ينشأ من التزام بعد ذلك في جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هو التزام مصدره سبب آخر : العمل غير المشروع في حالة التعويض عن الضرر ، والإثراء بلا سبب في حالة رد المصروفات الضرورية . ولقد كان هذا التقسيم مفهوماً في القانون الروماني لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هي التي كانت تعتبر في هذا القانون عقوداً يجب توافر حسن النية في تنفيذها (de bonne foi) ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذ (de droit striet). فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام حتى يتيسر اشتراط حسن النية في التنفيذ. ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة في القانون الحديث ، وأصبحت كل العقود – سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد – يجب أن يتوافر في تنفيذها حسن النية. فلم تعد هناك فائدة في أن تتسم العقود الملزمة لجانب واحد بسمة العقود الملزمة للجانبين .

٥ – عقد المعاوضة وعقد التبرع

٥٨ – عقد المعاوضة : هو العقد الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه. فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل إعطاء المبيع ، وبالنسبة إلى المشترى لأنه يأخذ المبيع في مقابل إعطاء الثمن . والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة إلى المقرض ، لأنه يأخذ الفوائد في مقابل إعطاء الشئ لأجل ، وبالنسبة إلى المقترض لأنه يأخذ الشئ لأجل في مقابل إعطاء الفوائد . وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول، لأنه أخذ كفالة في مقابل إعطاء الدين ، وهو بالنسبة إلى الكفيل يكون تبرعاً إذا لم يأخذ أجراً على كفالته إذ يكون قد أعطى دون أن يأخذ . ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر، ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطى المقابل للمتعاقد الآخر ، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر .

٥٩ – عقد التبرع : هو العقد الذى لا يأخذ يه التعاقد مقابلا لما أعطاه ، ولا يعطى

المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه . فالعارية عقد تبرع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير في مقابل الشئ المعار ، وبالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطى شيئاً للمعير في مقابل الانتفاع بالشئ المعار . وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة . إذا كانت هذه العقود الثلاثة دون مقابل ، كلها عقود تبرع على النحو الذى قدمناه . ومن ذلك يتبين أن العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالإيجار ، وبعضها تبرع كالعارية . كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالهبة دون عوض، وبعضها معاوضة كالكفالة إذا أخذ الكفيل أجراً من المدين .

ومن المفيد أن نميز فى عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات . فعقود التفضل (actes de bienfaisance) يولى المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله . فالعارية عقد تفضل لأن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها . والوديعة عقد تفضل لأن المودع عنده يتبرع بعمله لا بماله . أما الهبات (actes de libéralité) فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله ، كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب . ويتبين من ذلك أن الهبات أشد خطورة من عقود التفضل ، ولذلك تحوط المشرع فاشترط فى الهبة شكلا خاصاً .

٦٠ – أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين عقد التبرع – تفضلا كان أو هبة – وعقد المعاوضة له نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتى :

(١) تكون مسئولية المتبرع أخف عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المودع عنده أيسر من مسئولية المستأجر . كما أن مسئولية المتبرع له أشد عادة من مسئولية المستأجر. فهذه العقود الثلاثة – الوديعة والإيجار والعارية – تتفاوت فيها مسئولية المتعاقدين قوة وضعفاً ، وتتدرج من الضعف إلى القوة طبقا لما إذا كان المتعاقد يتبرع كالمودع عنده ، أو يعاوض كالمستأجر ، أو يتلقى التبرع كالمستعير .

(٢) الغلط فى الشخص يؤثر فى عقود التبرع . وهو لا يؤثر فى عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار ، كما فى الشركة والمزارعة .

(٣) يجوز الطعن فى عقود التبرع بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع . فإذا وهب المدين المعسر آخر شيئاً من ماله ، جاز للدائن الطعن فى هذا التصرف ولو لم يثبت سوء نية الموهوب له . أما فى عقود المعاوضة كالبيع ، فلابد من إثبات سوء النية .

٦ – العقد المحدد والعقد الاحتمالي

٦١ – العقد المحدد : هو العقد الذى يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى ، حتى لو كان القدران غير متعادلين . فبيع شئ معين بثمن معين عقد محدد ، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله ما دامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع .

٦٢ – العقد الاحتمالي : هو العقد الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ أو القدر الذى أعطى ، ولا يتحدد ذلك إلا فى المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . فالبيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالي . لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذى أعطى لا يستطيع أن يعرف فى ذلك الوقت القدر الذى أخذ ، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته والموت أمر لا يعرف وقت حصوله . والمشترى أيضا كالبائع يباشر عقداً احتمالياً ، فهو يعرف القدر الذى أخذ ، ولكنه لا يعرف القدر الذى أعطى وهو الثمن الذى لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه . ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان والمقامرة [1] .

هذا وقد يظن لأول وهلة أن تقسيم العقد إلى محدد واحتمالي لا يكون إلا فى عقود المعاوضة ، وليس فى عقود التبرع إلا عقود محددة . ولكن الصحيح أن عقد التبرع قد يكون احتمالياً إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى يأخذ، كما إذا وهب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته .

٦٣ – أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي له أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية . أما من الناحية القانونية فأهميته محدودة . ومن أهم نتائجه أمران :

(١) أساس العقود الاحتمالية هو ذلك الاحتمال (aléa) فى المكسب أو الخسارة. فلو اتضح أن هذا الاحتمال غير موجود فى الواقع ، وإن حسبه المتعاقدان موجوداً، فالعقد باطل، كما إذا باع شخص منزلا بإيراد يعطى لشخص ثالث طول حياته ، فإذا بهذا الشخص قد مات قبل وقوع البيع .

(٢) لا يؤثر الغبن عادة فى العقود الاحتمالية ، لأن الأساس الذى بنيت عليه هذه العقود هو كما تقدم غبن احتمالي يتحمله أحد المتعاقدين [2] .

٧ – العقد الفورى والعقد الزمنى [3]

٦٤ – العقد الفورى : هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، فيكون

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العقد الاحتمالي هو الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد . وهى لا تتحدد إلا فيما بعد تبعاً لوقوع أمر غير محقق كبيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بثمن جزاف . والبيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً لأن كلا من البائع والمشترى يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المحاماة ٣١ رقم ١٣٥ ص ٣٦٥) .

(٢) ومع ذلك أنظر المادة ٢١٤ من القانون اللبناني ، وقد جاء فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للابطال بسبب الغبن . ويمكن حمل ذلك على أن احتمال المكسب والخسارة فى جانب أحد المتعاقدين بعيد عن أى تعادل مع هذا الاحتمال فى جانب المتعاقد الآخر.

(٣) رجعنا فى هذا الموضوع إلى رسالة قيمة للدكتور عبدالحى حجازى، عنوانها «نظرية عقد المدة – =

تنفيذه فورياً ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة .

فبيع شئ يسلم فى الحال بثمن يدفع فى الحال عقد فورى، لأن عنصر الزمن هنا معدوم ، إذ أ كلا من المبيع والثمن يسلم فى الحال، فهو عقد فورى التنفيذ .

وقد يكون البيع بثمن مؤجل ويبقى مع ذلك فورياً . ذلك لأن الزمن إذا كان قد تدخل هنا فهو عنصر عرضى لا دخل له فى تحديد الثمن (1) . فالبيع بثمن مؤجل عندما يحين وقت تنفيذه ، يكون فورى التنفيذ . وليس الأجل إلا موعداً يتحدد به وقت التنفيذ، ولا يتحدد به مقدار الثمن .

وقد يكون البيع بثمن مقسط ويبقى مع ذلك فورياً . إذ الثمن الذى يدفع أقساطاً ليس إلا ثمناً مؤجلا إلى آجال متعددة . وليست هذه الآجال إلا عناصر عرضية فى العقد لا يتحدد بها مقدار الثمن . ويكون العقد فى هذه الحالة فورى التنفيذ ، جزءاً جزءاً، عندما يحين وقت التنفيذ لكل جزء منه .

وقد يكون الأجل الذى يضرب للتنفيذ إجبارياً ، لا اختيارياً كما فى الأمثلة المتقدمة، ويبقى مع ذلك عنصراً عرضياً لا يتحدد به المحل المعقود عليه ، فيكون العقد فى هذه الحالة فورى التنفيذ . مثل ذلك النجار يتفق مع العميل على أن يصنع له دولاباً. فصنع الدولاب لابد أن يستغرق زمناً، ولكن هذا الزمن وهو أجل إجبارى – لا يتحدد به محل العقد . والأجل الإجبارى هنا كالأجل الاختيارى هناك ، كلاهما عنصر عرضى لا يقاس به المعقود عليه . ويكون عقد الاستصناع فى المثل الذى قدمناه فورى التنفيذ عندما يحين وقت تنفيذه، أى بعد أن يتم صنع الدولاب .

ويتبين مما تقدم أن العقد الفورى يتحدد محله مستقلا عن الزمن ، وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً ، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه . ذلك أن محل العقد الفورى – أرضاً كان أو بناء أو عروضاً أو نقداً أو غير ذلك – إنما يمتد فى المكان لا فى الزمان ، أى أن له جرماً إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكانى لا بمقياس زمانى ، أو هو – كما يقول الدكتور عبدالحى حجازى فى رسالته المعروفة – حقيقة مكانية لا حقيقة زمانية . وإنما سمى بالعقد الفورى ، ولم يسم بالعقد المكانى، لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هى فى إثبات المكان له ، بل فى نفى الزمان عنه .

= العقد المستمر والدورى التنفيذ» . القاهرة سنة ١٩٥٠ ، وقد آثرنا أن نسمى «العقد الزمنى» ما سماه الدكتور عبدالحى حجازى «عقد المدة» . ولا يزال العقد الزمنى فى مستهل تطوره الفقهى . ومن الخير أن يترك للفقه حتى يستكمل تطوره ، فينتقل بعد ذلك إلى التقنين . وسنعود للاشارة إليه فى أماكن أخرى متفرقة .

(١) وإذا كان قد روعى فى الثمن المؤجل أن تضاف إليه الفوائد عن المدة التى أجل فيها ، فإن الزمن فى هذه الحالة لا يتدخل إلا فى تحديد الفوائد ، وهى فى العادة نسبة ضئيلة من الثمن . أما فى العوض ذاتها ، فالزمن عنصر جوهرى .

٦٥ – **العقد الزمنى** : هو العقد الذى يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد . ذلك ن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه فى نتيجته، أى إلى الشئ الذى ينتجه العمل ، كان حقيقة مكانية ، ولكن إذا نظر إليه فى ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية ، مقترناً بمدة معينة .

ومن ثم فعقد الإيجار عقد زمنى لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهرى فيه لأنه هو الذى يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة ، عقد زمنى ، لأن الخدمات التى يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهرى فيه إذ هو الذى يحدد مقدار المحل المعقود عليه .

وهناك من الأشياء ما يتحدد فى المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار إدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو فى ذاته يقاس بالمكان، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل ذلك عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن . فمحل العقد هنا – وهو الشئ المعين الذى اتفق على توريده – يقاس فى ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن ، فجعلاه يقاس ، كالمنفعة والعمل، بالزمان لا بالمكان . فالمعقود عليه فى كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شئ يقاس بالزمن . ولكن المعقود عليه فى عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما المعقود فى عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقاً .

ومن ثم ينقسم العقد الزمنى إلى عقد ذى تنفيذ مستمر (contrat à exécution continue) كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة، وعقد ذى تنفيذ دورى (contrat à exécution périodique) كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة.

٦٦ – **أهمية هذا التقسيم** : ترجع خصائص العقد الزمنى إلى فكرة جوهرية هى أن المعقود عليه فيه هو الزمن . والزمن إذا مضى لا يعود . فإذا نفذ العقد الزمنى حيناً من الزمن، وأريد لسبب أو لآخر الرجوع فى العقد استحال ذلك ، فإن الفترة من الزمن الذى نفذ فيها العقد قد انقضت ، ما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائياً لا يمكن الرجوع فيه . أما العقد الفورى فلا يقوم على الزمن ، وإذا نفذ فى جزء منه جاز الرجوع فيما تم تنفيذه . ويترتب على هذا الفرق الجوهرى فيما بين العقد الزمنى والعقد الفورى نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتى :

(١) الفسخ فى العقد الفورى ينسحب أثره على الماضى ، لأنه يجوز الرجوع فيه . أما الفسخ فى العقد الزمنى فلا ينسحب أثره على الماضى لأن ما نفذ منه لاتمكن إعادته.

(٢) إذا وقف تنفيذ العقد الفورى ، فإن هذا الوقف لا يؤثر فى التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة كما كانت قبل الوقف . أما العقد الزمنى فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص فى كمه وزوال جزء منه، إذ تمحى آثاره فى خلال المدة

التي وقف تنفيذه فيها . لأن هذه المدة لا يمكن تعويضها بعد أن فاتت . بل قد يترتب على وقف العقد الفورى انتهاؤه إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها .

(٣) العقد الزمنى تتقابل فيه الالتزامات تقابلا تاماً ، لا فى الوجود فحسب بل أيضاً فى التنفيذ، فما تم منها فى جانب يتم ما يقابله فى الجانب الآخر . ففى عقد الإيجار الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التى انتفع فيها. أما فى العقد الفورى فإن التقابل إذا كان تاماً فى الوجود فهو غير تام فى التنفيذ . ففى عقد البيع بثمن مقسط إذا تقابل المبيع والثمن من حيث الوجود، فليس من الضرورى أن يتقابلا من حيث التنفيذ ، ويجوز أن يدفع المشترى أقساطاً من الثمن لا يأخذ ما يقابلها من المبيع، ويلجأ إلى فسخ البيع فيسترد ما دفعه من الثمن .

(٤) الإعذار شرط لاستحقاق التعويض فى العقد الفورى فى أكثر الأحوال . أما فى العقد الزمنى فالإعذار ليس بضرورى إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه الزمنى، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فلا فائدة ترتجى من الإعذار .

(٥) العقد الزمنى لا يمكن إلا أن يكون ممتداً مع الزمن، وبقدر ما يمتد يكون تغير الظروف محتملا ، ومن ثم كانت العقود الزمنية هى المجال الطبيعى لنظرية الظروف الطارئة. أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلا [1] .

(١) وهناك تقسيم للعقود ، من حيث طبيعتها ، إلى عقد ذاتى (contrat subjectif) واتفاق منظم (convention institutionnelle) . فالعقد الذاتى هو اتفاق بين شخصين لهما مصلحتان = متعارضتان ، وتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما ولا تجاوزهما إلى بغيرها . مثل ذلك عقد البيع نرى فيه تعارضاً بين مصلحة البائع ومصلحة المشترى . والرابطة بينهما ذاتية مقصورة عليهما ، وهى لا تلبث أن تزول فى أهم مشتملاتها بانتقال ملكية المبيع إلى المشترى . أما الاتفاق المنظم فعلى النقيض من العقد الذاتى يوجد مركزاً قانونياً منظما ثابتا (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . هذا إلى أن الطرفين فى الاتفاق المنظم لا تناقض بين مصالحهما وليس فيهما دائن ومدين، بل لهما غاية متحدة وغرض مشترك، مثل ذلك الشركة ، فإن ذلك الشركة ، فإن الشركاء اتفقوا على أن يوجد بينهم هذا المركز المنظم الثابت لغرض مشترك هو الغرض الذى يسعون إليه من وراء اشتراكهم ، ولا تعارض فيما بين مصالح الشركاء يماثل التعارض بين مصلحة البائع ومصلحة المشترى فى عقد البيع ، كما أن نظام الشركة لا يسرى على الشركاء فحسب ، بل هو أيضا يسرى على الغير الذى يتعامل مع الشركة . ومثل ذلك أيضا الاتفاق الجامع للعمل (contrt collectif du travail) وهو يرمى إلى تنظيم القواعد التى تسرى على عقود العمل الفردية بين العامل ورب العمل ، فينظم بذلك حالة مستقرة ثابتة تسرى على من اشترك فى العقد وعلى من لم يشترك .

والواقع أن الفرق بين العقد الذاتى والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كعقد الإيجار ، فإنه يخلق رابطة مستمرة بين المؤجر والمستأجر، وهذه الرابطة قد يتعدى أثرها إلى غير المتعاقدين كالمشترى للعين المؤجرة . والوكالة وهى عقد ذاتى يتعدى أثرها هى أيضا إلى الغير الذى يتعامل مع الوكيل . والشركاء فى عقد الشركة ، التى هى اتفاق منظم ، لهم مصالح متعارضة ، إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز =

٦٧ – **ترتيب البحث فى العقد** : الآن وقد فرغنا من التمهيد للكلام فى العقد ، ننتقل إلى البحث فيه . ونرتب البحث على النحو الذى سار عليه القانون المدنى الجديد، فنتناول فى فصول ثلاثة :

١ – أركان العقد .

٢ – آثار العقد .

٤ – انحلال العقد .

= بأكبر ربح ممكن . ومن ثم ندرك السبب فى أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتى واتفاق منظم ، وهو تقسيم ابتدعه الأستاذ ديجيه فى الفقه الإدارى . لم يسد فى الفقه المدنى .

الفصـــل الأول
أركـــان العقـــد

٦٨ – حصر أركان العقد : العقد يقوم على الإرادة ، أى تراضى المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهـذا هـو السبـب . فللعقـد إذن ركنان : التراضى والسبب [(١)] .

وأما المحل فهو ركن فى الالتزام لا فى العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا فى الالتزام الذى ينشأ من العقد . فإن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعيا استيفاءه للشروط التى يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد .

نحن نبحث القواعد التى يقوم عليها التراضى والمحل والسبب ، وكذلك الجزاء الذى يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

١ – التراضى .
٢ – المحل .
٣ – السبب.
٤ – البطلان .

الفـرع الأول
التراضى

٦٩ – وجود التراضى وصحته : يوجد التراضى بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا كان وجود هاتين الأرادتين يكفى لوجود العقد ، فإنه لا يكفى لصحته ، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين فنبحث إذن :

١ – وجود التراضى .
٢ – صحة التراضى .

---

(١) وقد يجب فى التراضى أن يكو فى شكل مخصوص كما فى العقود الشكلية التى سبق ذكرها . ففى هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركنا من أركان العقد .

المبحـث الأول
وجود التراضى

٧٠ – التراضى هو تطابق إرادتين : نصت المادة ٨٩ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

«يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد» [(١)] .

فالتراضى إذن هو تطابق إرادتين [(٢)] . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التى تتجه لإحداث أثر قانونى معين هو إنشاء الالتزام .

٧١ – أركان الإرادة (أو العمل القانونى) : والإرادة بهذا التحديد هى العمل القانونى (acte juridique) . والعمل القانونى كما رأينا أعم من العقد . فكان المنطق يقضى بأن يكون بحث العقد داخلا ضمن بحث العمل القانونى ، لا العكس . ولكن الناحية العملية

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المشروع التمهيدى فى المادة ١٣٥ منه على الوجه الآتى : «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاد العقد» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «قطع المشروع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة فى هذا النص ، فلم يتطلب لانعقاد العقـد توافق إرادتين، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين» . وهذا القول الذى ورد فى المذكرة الإيضاحية يوهم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحيازاً تاماً . والواقع غير ذلك . فقد رأينا أن القانون الجديد فى وضعه النهائى قد سلك مسلكا وسطا بين نظريتى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، بل هو قد جعل الإرادة الباطنة هى الأصل، ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذه العدول .

ولما تلى النص الذى نحن بصدده فى لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة «فوق ذلك» ، فأصبح كما يأتى: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعا معينة لانعقاد العقد» . وقد أصبح مفهوما بهذا التعديل أن اشتراط أوضاع معينة لانعقاد العقد لا يغنى عن تطابق الإرادتين ، ثم قدمت المادة بالنص الآتى : «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد». وقد وافق مجلس النواب عليها دون تعديل تحت رقم ٩١ . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ تليت هذه المادة فوافقت اللجنة عليها كما هى بعد المناقشة وأصبح رقمها ٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته . (أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨ – ص ١٣) .

(٢) والذى يقع عادة أن الإرادتين المتطابقتين تتعاقبان ولا تتعاصران ، فيصدر الإيجاب أولا، ثم يليه القبول مطابقا له -ومع ذلك قد تتعاصر الأرادتان المتطابقتان ، كما فى الرهان على سباق الخيل ، إذ يدفع عدد من المتراهنين المبالغ التى يراهنون بها فى وقت واحد. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وفى الغالبية العظمى من الأحوال يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب ، ثم يتلوه قبول المتعاقد الآخر . ولكن ليس من الضرورى أن يلى القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد بتلاقى تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين ، كما هو الشأن فى الرهان على سباق الخيل». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠) .

تتغلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعاً في التعامل . والقواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على العمل القانوني ، إذا استثنينا منها تلك التي يقتضيها توافق الإرادتين ، كما سنبين ذلك عن الكلام في الإرادة المنفردة ، أي في العمل القانوني الصادر من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانوني هي بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة، أي إرادة صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه، وتتجه لتحقيق سبب مشروع .

٧٢ – اتجاه الارادة لاحداث أثر قانوني : ويعنينا هنا وجود الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .

ويترتب على ذلك بداهة أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء ونحو ذلك .

ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني ، كما في المجالات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

كذلك لا يعتد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث أثر قانوني[1] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالرضاء الصحيح هو كون المتصرف مميزاً يعقل معنى التصرف ويقصده، والغرض من كونه مميزاً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركا ماهية العقد والتزاماته فيه. أما كونه يقصده فالغرض منه بيان ألا بد من إرادة حقة منه لقيام هذا الالتزام . فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني (وكان المتصرف وقت تحرير العقد مريضاً مرضاً عصبياً أفقده الإرادة وانتهى بالانتحار) (نقض مدني في ٨ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٩ ص ٣٢٩).

وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نصين في هذا الموضوع حذفا في المشروع النهائي. فكانت المادة ١٢٧ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : «يكون التعبير عن الإرادة باطلا إذا صدر من شخص وهو في حالة غيبوبة أو هو مصاب باضطراب عقلي ولو كان الاضطراب وقتيا، بحيث يكون هذا الشخص فاقد التمييز» . وورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «يقصد من هذا الحكم إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التي لا تكفي لفقد الأهلية بوجه دائم وإن استتبعت فقد الإرادة ما بقي الاضطراب قائما ، كما هو الشأن في الغيبوبة والسكر والتنويم المغناطيسي (أنظر التقنين الألماني تعليقات ١ ص ١٠٣) . ويفرق القانون الانجليزي بين التصرفات التي تنعقد بإرادة منفردة والعقود التي لا تتم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقلي والسكر سببا لبطلان الأولى دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى مغالاة هذا القانون في الحرص على استقرار المعاملات (جنكس م ٦٤ و ٦٩ – رولنستون ١ ص ١١١)» . ولما تليت المادة ١٢٧ في لجنة المراجعة اقترح حذفها لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك .

وكانت المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : «لا يكون التعبير عن الإرادة باطلا لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر ، ولكنه يكون باطلا إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ =

٧٣ – كيف يتم التعاقد : والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذي قدمناه وبتوافق الإرادتين . وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتاً ، ويتحقق ذلك في الاتفاق الابتدائي وفي العربون .

فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية : (١) التعبير عن الإرادة . (٢) توافق الأرادتين. (٣) مرحلة تمهيدية في التعاقد : الاتفاق الابتدائي والعربون .

المطلب الأول

التعبير عن الارادة

٧٤ – تعبير الأصيل وتعبير النائب : قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل في التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فنتكلم : (أولاً) في التعبير الصادر من الأصيل، و (ثانيا) في التعبير الصادر من النائب، أي النيابة في التعاقد .

§ ١ – التعبير الصادر من الأصيل

٧٥ – الإرادة ومظهر التعبير عنها : يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها .

أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسي ينعقد به العزم على شئ معين[1] .

= الذهني» . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهي تثير من فورها أمر البحث في المفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فبأيهما يؤخذ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرماني، مؤثراً الإرادة الظاهرة ، وليس شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف ، فضلا عن ذلك، سنداً قويا في الشريعة الإسلامية ، إذ هي تعد اعتداداً بينا بالإرادة الظاهرة ، متأثرة في ذلك بنزعة مادية واضحة . فإذا كان من وجه إليه التعبير عالما بالتحفظ الذهني المتعلق بهذا التعبير ، فلا محل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية إذ لم يعد في الأخذ بها إخلال بتأمين المعاملات . وقد ذهب القضاء المصري إلى إيثار المذهب الذي اتبعه المشروع في الفروض النادرة التي طرحت عليه بشأن التحفظ الذهني (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٦م ص ص ١٣٢) » . لما تليت المادة ١٢٨ في لجنة المراجعة اقترح حذفها «لأن فيها إمعانا في الدقة لا حاجة لنا به» ، فوافقت اللجنة على ذلك .

(انظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ – ص ٣٠ في الهامش).

(١) ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان ويليها عمل تنفيذي . فأول مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلي ذلك مرحلة التدبير (délibération) فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتي المرحلة الثالثة وهي إمضاء العزيمة في هذا الأمر والبت فيه، وهذه هي الإرادة (volition) . فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهي مرحلة التنفيذ (exécution) . وهذه المرحلة الأخيرة هي عمل خارجي ، أما المراحل الثلاث الأولى فهي مراحل داخلية نفسية : اثنتان منها ترجعان إلى التفكير والثالثة هي الارادة المقصودة .

ويميز علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شئ سابق =

وما دامت الإرادة عملا نفسياً فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير .

٧٦ – التعبير الصريح والتعبير الضمنى : نصت المادة ٩٠ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

«١ – التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود» .

«٢ – ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً»(١) .

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة – وهو مظهرها الخارجي وعنصرها المادى المحسوس – يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمنياً (1) .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذى اتخذه – كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك – مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس.

= ولا تلتبس بالتنفيذ، وهو شئ لاحق. وإلا فإن النظريات الحديثة في علم النفس لا تسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق . فإنه يصعب القول بأن العمل النفسى، وهو بطبيعته عمل معقد، يمر على مراحل متميزة بعضها عن بعض تميزاً فيه كل هذا الوضوح. ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل في مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبر ينفعل أحدهما مع الآخر فيتفاعلان، كقطرة تسقط في مجرى ، فتمتزج بالماء ، فتؤثر فيه، وتتأثر منه . ثم إن مرحلة التدبر لا يزن فيها الإنسان الأمر على هذا النحو المادى، فيستخلص أسبابا للاقدام على العمل وأخرى للاحجام عنه ، فإن العمل النفسي أكثر تعقيداً وأقل وضوحا. فإذا ما انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لمن يتتبع التحليل المتقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هى التى تتولى البت فى الأمر وتكون حكماً لا تعقيب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهى إليه الإدراك والتدبر ، فهى ليست مستقلة عنهما ، وما هى إلا امتداد طبيعى لما أودع فى الإنسان من تفكير وتمييز وتبصر .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المشروع التمهيدى (م ١٢٤) على الوجه الآتى : «١– يجوز التعبير عن الإرادة بالألفاظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يجوز ذلك أيضا باتخاذ موقف يكون من شأنه تبعاً للظروف ألا يدع شكا فيما يشتمل عليه هذا التعبير . ٢ – ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم يقض القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا» . فأدخلت لجنة المراجعة عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد فى القانون ، وأخذ رقم المادة ٩٢ من المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٩٢ . ولما تليت المادة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حولها انتهت إلى أن أغلبية اللجنة رأت حذفها ، ثم رجع عن هذا الرأى فى جلسة أخرى وأقرت بقاءها ، وأصبح رقم المادة ٩٠ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤ و ص ١٥ – ص ١٩) .

(1) من المقرر أن التعبير عن الإرادة كما قد يكون صريحا يكون أيضا ضمنياً وذلك باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود حسبما تقضى به المادة ٩٠ من القانون المدنى - (جلسة ١٩٩٣/٢٠/٢٨ الطعن ٣٢١٦ لسنة ٥٨ ق) .

فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذى تنطوى عليه الإرادة ، وقد يؤدى اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة التليفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائباً . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة فى أى شكل من أشكالها، عرفية كانت أو رسمية ، فى شكل سند أو كتاب أو نشره أو إعلان ، موقعاً عليها أو غير موقع، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلا كانت أو صورة . وبديهى أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً ، فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الأرادة ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزها أفقياً أو هزّ الكتف دلالة على الرفض . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً(١) . ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور . ووضع الة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو لتوزيع طوابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً(٢) .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذى اتخذه ليس فى ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، مثل ذلك أن يتصرف شخص فى شئ ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه ، فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك ، وكالموعود بالبيع يرتب حقاً على العين الموعود بيعها(٣) ، وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم

(١) وقد كان المشرع التمهيدى يشتمل على النص الآتى (م ١٣٤ من المشروع) : «١ – يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا . ٢ – أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض» . فاقترح حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه ، فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ فى الهامش) .

(٢) وقد يكون السكوت تعبيراً صريحاً عن القبول كما سيجئ (قارن حكما لمحكمة النقض – الدائرة المدنية – فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر رقم ٤١٠ ص ٧٦٠ ، وقد استخلصت المحكمة قبول المنذر إليه قبولا ضمنيا من سكوته عن الرد ما تضمنه الإنذار) .

(٣) أما إذا استأجر العين من الواعد فهذا دليل على رفض الوعد بالبيع . وقد استخلصت محكمة النقض عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطيانا تشمل العين الموعود بيعها (نقض مدنى ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٠ ص ١٨٨) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجابا ضمنيا بالهبة من أن المورث فتح حسابا خاصا فى البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه، وقالت فى هذا الصدد ما يأتى : «إذا كان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حسابا خاصا فى البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو فى ذات البنك ، فهذا الذى قاله الحكم ليس فيه ما يدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرده أن يفيدها إذ هو =

يثبت عكس ذلك ، وكالمستأجر يبقى فى العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار (أنظر م ٥٩٩) ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها، وكمدير ملعب يعد للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه (١) .

وأى مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفى بوجه عام فى التعبير عن الإرادة، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً ، فى شكل معين ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة فى كثير من الفروض ، ولكن الكتابة فى هذه الحالة الأخيرة ليست مظهراً عن الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها . ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً ، ولا يكتفى بالتعبير الضمنى . وهى أحوال يراد فيها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يبرم الأمر إلا بعد التروى وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكلية المهذبة . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذى ينص عليه المشرع حجية الدفاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا فى إحدى حالتين ، أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (أنظر م ٣٩٨) (تقابل المادة ١٨ من قانون الاثبات) ، وبائع التركة يرد للمشترى ما استولى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (أنظر م ٤٥٧) ، وبراءة ذمة المستأجر الأصلى نحو المؤجر إذا صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن (أنظر م ٥٩٧) (٢) . وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلا خاصاً بأن يكون تعبيراً صريحاً أو

= يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح» . (نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٥٩٠) .

(١) وهناك رأى يذهب إلى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر – أى التعبير الذى يقصد به إيصال العلم بطريق مباشر إلى من توجه إليه هذه الإرادة – والتعبير الضمنى هو التعبير غير المباشر – أى التعبير الذى لا يقصد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة ، بل يستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه الإرادة . ولا نرى أن هناك فرقا محسوساً بين الرأيين ، بل يمكن القول إن الأسلوب المألوف فى التعبير هو التعبير المباشر، والأسلوب غير المألوف فى التعبير هو التعبير عن المباشر . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : «ويراعى أن الفارق العملى بين هذين المعيارين ضئيل إن لم يكن معدوما. فالأسلوب المألوف فى التعبير عن الإرادة هو فى الوقت ذاته الأسلوب المباشر ، فى حين أن الأسلوب غير المباشر ليس فى الغالب بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شئ فقد آثر المشروع ألا يفصل فى المسألة بنص تشريعى ، تاركا أمر البحث عن المعيار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥) .

(١) وقد لا يصل المشرع إلى حد أن يتطلب تعبيراً صريحاً ، ولكنه يتطلب مثلا اتفاقا خاصا (أنظر م ٣٠٩ وم ٤٤٥ وم ٧٨١) ، أو ينص على أن الإرادة لا تفترض (أنظر م ٢٧٩ و م ٣٥٤ و م ٣٦٠) ، أو يستوجب أن يكون تفسير الإرادة تفسيرا ضيقا (أنظر م ٥٥٥) . وفى جميع هذه الأحوال لا يشترط التعبير الصريح، ولكن تجب الحيطة والتشدد فى استخلاص التعبير الضمنى .

يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية، وفى هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا فى الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك (١) .

وكل ما قدمنا عن التعبير الصريح والتعبير الضمنى كان معمولا به قضاء دون نص فى ظل القانون القديم (٢) .

٧٧ – الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة * : تمهيد : إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجى ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ما دام الإثنتان متطابقتين. أما إذا اختلفتا – كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له، وكشخص ينزل فى فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة فى غرفته ، وكمن يوصى على أثاث منزلى بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال – فالقاعدة المعروفة فى القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هى التى يؤخذ بها . ولكن نظرية حديثة كان للألمان الضلع الأكبر فيها ، تأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية فى العقد كما اختلفتا فى الالتزام وكما اختلفتا فى نظريتهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) ، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية (subjectif) . فإذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة، وتأخذ المدرسة الألمانى بالإرادة الظاهرة .

٧٨ – نظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) : وهى تبحث عن الإرادة فيما تنطوى عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨ فى الهامش .

(٢) وقد جرى القضاء المصرى عل بالاعتداد بالتعبير الضمنى عن الأرادة كما يعتد بالتعبير الصريح (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨ – وفى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) . وذهب كذلك إلى أن مسلكا معيناً أو ضربا من ضروب التصرف قد يعتبر إفصاحا عن الإرادة (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١) .

(*) **بعد المراجع الرئيسية** : سالى فى الإعلان عن الإرادة – بنكاز تكملة بودرى جزء ٢ – ديموج فى الالتزامات جزء أول – بلانيول وريبير وإسمان جزء أول – ديريه (Dereux) رسالة فى تفسير الأعمال القانونية سنة ١٩٠٥ ، وانظر أيضا مقالا له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ – مقال الأستاذ منيال (Meynial) فى الإعلان عن الإرادة فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٥٤٥ – ص ٥٧٣ – مقال الأستاذ هوريو (Hauriou) والأستاذ جيليوم دى بيزان (Guillaume de Bezin) فى الإعلان عن الإرادة فى القانون الإدارى الفرنسى فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٣ ص ٥٤٣ – ص ٥٨٦ – نظرية العقد للمؤلف ص ١٥٠ وما بعدها – أصول الالتزامات للدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص ٨٢ وما بعدها – نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٧٠ وما بعدها .

لا بذاك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولا ، وإلا فالإرادة المفترضة. ولكنها – حقيقة أو مفترضة – هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي ، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط .

٧٩ – نظرية الإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration de volonté)

في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق، وخلصوا من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون. فهي شئ كامن في النفس ، والإرادة التي تنتج أثراً هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي، لا في مكمنها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا عند الافصاح عنها. فالعبرة بهذا الإفصاح ، إذ هو الشئ المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي ، وجب أن تتجسم في المظهر المادي لها ، وهو ما يستطاع إدراكه . وفي هذا استقرار للتعامل ، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها ، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوي على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية [1] .

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير، فأي مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً ، وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على

(١) وقد تأثر القانون الألماني بالفقه الألماني ، فأخذ إلى حد كبير بنظرية الإرادة الظاهرة . وطبق القانون الانجليزي هذه النظرية في كثير من الفروض (أنظر جنكس م ٧٧ : إذا استعمل شخص طرقا للتعبير عن إرادته بحيث يكون من المعقول تبعاً للظروف أن يفهم منها معنى معين ، فلا يجوز له أن ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفا يتلاءم مع هذا المعنى . وانظر أيضا بولوك في العقد طبعة تاسعة ص ٥ – ص ٦ – ولستن في العقد جزء أول فقرة ٩٤) .

أما الشريعة الإسلامية فلو أن القاعدة فيها أن العبرة بالمعاني أي بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، إلا أن الفقهاء في كثير من الفروض يقفون عند المعاني الظاهرة من الألفاظ التي استعملها المتعاقدان ، فلا يتعدونها إلى المعاني الكامنة في السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلا عند شرح ما تتضمنه هذه العبارات من المعاني ، وما يستتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام . فليس هذا منهم في رأينا استمساكا باللفظ ، بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . هذا إلى أن هناك ثلاثا جدهن جد وهزلهن جد ، أي أن الإرادة الظاهرة تتغلب فيها حتما على الإرادة الباطنة ، وهي الزواج والطلاق والعتاق (التلويح والتوضيح جزء ٢ ص ٧٨٧ – ص ٧٨٩) .

عمل نفسي ، بل تبرز إلى العالم المادي في علامة ظاهرة ، هي التي نقف عندها، ونقدر الإرادة بقدرها .

وهم لا يكتفون من المظهر الخارجي للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها – دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجي لا يتفق مع الإرادة الداخلية – ولو اكتفوا بذلك لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد، ويعتبرون هذا المظهر الخارجي هو العنصر الأصلي للإرادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لابد من اعتباره دليلا على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس. فلا يسمع لشخص يدعي أنه أضمر غير ما أظهر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذي اختاره لإرادته [1]

(١) ذلك أن أنصار الإرادة الظاهرة لا يغفلون الإرادة الباطنة على نحو مطلق . فهم يشترطون أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة ، ولكن هذه الإرادة تكون مقصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجي لتحدث أثرها القانوني (volonté de déclarer) . فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجي في الكتابة لتحدث أثرها القانوني إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو في الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يسلم الورقة المكتوبة ، أو بعد أن يقوم بتصديرها . ويترتب على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لا يصح أن تؤخذ مظهراً مادياً يعتد به في التعبير عن الإرادة ، لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة ، فلا يصح أن يقال إنه قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجي لتحدث أثرها القانوني (أنظر المادتين ١٢٧ و ١٢٩ من المشروع التمهيدي وقد مر ذكرهما. وانظر في هذا المعنى فون تور Von Tuhr ص ١٣٢ – سالي في إعلان الإرادة ص ٢ – = رسالة الدكتور الشيتي المقدمة لمعهد القانون المقارن بجامعة باريس في تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري الجديد ص ٦٤ هامش رقم ٣) .

ولابد من وجود الإرادة الظاهرة وجوداً حقيقياً ، فالإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة . أما إذا لم تكن مزورة فهي موجودة حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود، بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المقصود (فون تور Von Tuhr ص ١٣٦ – رسالة الدكتور الشيتي المشار إليها ص ٨٤ فقرة ٧٥) .

وهذا والنتائج العملية للتمييز بين مبدأ الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة محدودة ، وهي لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة ، وقلما يستطاع إثبات ذلك . وفي الأحوال القليلة التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدآن من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجي الخاطئ دون جزاء ، بل يرتب عليه الحق في التعويض، على أساس المسئولية التقصيرية ، لمن اطمأن لهذا المظهر حماية للثقة المشروعة .

ومهما يكن من الأمر فلا يزال هناك فرق بين المبدأين لا يجوز إغفاله . فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية . أما نظرية الإرادة الباطنة فتنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق يترتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تفسير العقد إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزما أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجنه سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المألوف في التعامل . (٢) إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ما دام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد، فيكون حكم ذلك حكم تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة، فهذه مسألة واقع لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى – وسنتناول هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تفسير العقد .

٨٠ – موقف القانون الجديد : وقد سبق القول إن القانون الجديد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فلم يجمد في الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل تزحزح قليلا نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل. على أنه يبلغ مبلغ القانون الألماني في اقترابه من الإرادة الظاهرة كما سبق أن بينا . وإذا جاز أن يقال إن القانون الألماني قد أكمل نظرية الأرادة الظاهرة بنظرية الأرادة الباطنة ، فإن القانون الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة .

٨١ – متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره : والتعبير عن الإرادة – سواء كان صريحاً أو ضمنياً، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة – لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقضي به المادة ٩١ من القانون المدني الجديد، فهي تنص على ما يأتي : «ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك »[1] ولا نظير لهذا النص في القانون المدني القديم .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م ١٢٥) على الوجه الآتي : «١– ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل فيه إلى من وجه إليه بحيث يتمكن هذا من العلم به . ولا = = يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلي من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير أو في الوقت الذي وصل إليه فيه . ٢ – إذا وصل عدول بعد وصول التعبير عن الإرادة، وكان قد صدر بحيث كان يصل، في الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة أو في الوقت ذاته، فيجب على من وجه إليه العدول أن يخطر الطرف الآخر فوراً بهذا التأخير ، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر العدول في وقت غير متأخر» . ولما تلى النص في لجنة المراجعة ، اقترح حذف الجزء الثاني من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه ، وكذلك الفقرة الثانية جميعها لأنها تقرر حكما تفصيلياً لا يحسن أن يقرر بنص تشريعي، فوافقت اللجنة على ذلك . ثم ناقشت الجزء الباقي من المادة ، واستقر الرأى على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بالعلم ، ولكن لما كان العلم أمر متعذر الإثبات فيحسن أن يؤخذ الوصول قرينة عليه لأنه أكثر انضباطاً، على أن تكون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، والطرف الذي وجه إليه التعبير من الإرادة هو الذي يتحمل عبء إثبات العكس . وأصبحت المادة في صيغتها النهائية (م ٩٣ من المشروع النهائي) كما يأتي : «ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به إلا أن يقام الدليل على عكس ذلك» . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٣ . ثم عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، فرأت الأغلبية حذفها، ثم أعادت اللجنة النظر فيها فأقرت بقاءها ، وأصبح رقمها ٩١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ – ص ٢٨) .

ونذكر هنا أن القانون المدني السوري الجديد الذي صدر بعد القانون المدني المصري الجديد بزمن قليل – وعين لنفاذه تاريخ سابق على التاريخ الذي عين لنفاذ القانون المصري نفسه – سار على نهج القانون المصري في الغالبية العظمى من نصوصه وأحكامه . ومن الفروق النادرة ما بين القانونين أن القانون السوري لم ينقل عن القانون المصري نص المادة ٩١ . ويبدو أنه أراد بذلك أن يجعل التعبير عن الإرادة لا يتأخر إنتاجه لأثره إلى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعزز هذا التفسير أنه جعل التعاقد فيما بين الغائبين يتم في المكان الذي صدر فيه القبول (م ٩٨ من القانون السوري) لا في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول (م ٩٧ من القانون المصري) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعاقد ما بين الغائبين .

ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التعبير وجوداً فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً. فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكنه لا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه[1] . العبرة في التعبير بوجوده القانون لأن هذا الوجود وحده هو الذي تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره (efficacité) .

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلا فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذي يوجه إليه الإيجاب . ومتى وصل إلى علمه أنتج أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه، وكان قبل العلم أي قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول . ولكن هذا ليس معناه أن الإيجاب الذي أصبح من وقت العلم قائماً لا يجوز العدول عنه، هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذي لا يجوز العدول عنه، يجوز مع ذلك الرجوع فيه ، ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً يجب توافر شروط معينة سيأتي الكلام فيها . ومن ذلك يتبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانوني . أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا كان ملزما فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه . وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولا مثلا ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به . وأثر القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب ، فإن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد. ومن ذلك يتبين أن القبول إذا صدر فلا يتم به العقد إلا مت وقت وصوله إلى علم الموجب، وهذه هي نظرية العلم التي سنراها في التعاقد بين الغائبين .

وقد جاءت المادة ٩١ بقرينة قانونية على العلم لما قد ينطوى عليه من خفاء، فقضت بأن وصل التعبير قرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم شئ أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله ، وهو الذي يحمل عبء الإثبات[1] (2) .

---

(1) .... مؤدى المادتين ٩١ ، ٩٣ من القانون المدني أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه ، فإذا كان الموجب قد التزم في إيجابه بالبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به وإلى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لا يزال في حوزة الموجب فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه لأن التعديل ما هو إلا صورة من صور العدول لا يملكه إلا في الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه .
(جلسة ١٠/٤/١٩٥٨ الطعن رقم ٩٧ لسنة ٢٤ ق السنة ٩ ص ٣٥٩) .

(١) لم تورد المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٥ من المشروع التمهيدي (وهو المقابلة للمادة ٩١ من القانون الجديد) الأمر على النحو الذي بيناه في المتن . فهي قد بنت إنتاج التعبير لأثره عند وصوله إلى علم من وجه إليه على فكرة أن الإيجاب ملزم بوجه عام ، فقبل العلم يكن الإيجاب موجوداً وجوداً فعلياً ووجوداً قانونياً ولكن يجوز الرجوع فيه إلى وقت العلم ، ومنذ هذا الوقت يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه . وكان هذا النظر يتمشى مع المشروع التمهيدي الذي جعل الإيجاب ملزماً (م ١٢٩ من هذا المشروع) . وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية في صدد المادة ١٢٥ من المشروع التمهيدي : «تتناول هذه المادة=

ويتبين مما تقدم أن القانون الجديد قطع فى أمر كان القانون القديم فيه متردداً، إذ جعل التعبير عن الإرادة ينتج عن أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء فى القانون القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديره ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسنرى ذلك عند الكلام في التعاقد بين الغائبين .

٨٢ – الموت وفقد الأهلية – أثرهما فى التعبير عن الإرادة :

وقد قدمنا أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلي من وقت صدوره من صاحبه، وهذا الوجود الفعلي يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته . وهنا اعتبر القانون الجديد أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلي ، فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا بفقده لأهليته . وفي هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التي تبقى كامنة في نفس صاحبها وتموت بموته وتزول بفقده لأهليته. وإذ اعتبر القانون الجديد ذلك ، فقد رتب على هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها القانون القديم . فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية ، بل ويستكمل وجوده القانوني بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩٢ من القانون الجديد ، فهى تنص على ما يأتي : «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل» (١) .

= تعيين الوقت الذى يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائياً لا يجوز العدول عنه (اقرأ : الرجوع فيه) . فمن الواجب التمييز بين وجود التعبير، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره إذ يصبح عملا قانونيا قائماً لا يتأثر وجوده بوفاة من صدر منه أو بفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة اللزوم له تفريعاً على ذلك، وهذا لا يتحقق إلا في الوقت الذى يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ – ص ٢٠) .

ولما كان المشروع النهائى ، ومعه القانون الجديد ، قد عدل عن جعل الإيجاب ملزماً بوجه عام ، فحذف المادة ١٢٠ من المشروع التمهيدى ، كان من الواجب أن يدخل تعديل فى الاعتبارات التى من أجلها لا ينتج التعبير أثره إلا من وقت العلم به ، على النحو المبسوط فى المتن .

=(2) أ – مفاد نص المادة ٩١ من القانون المدني أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله ، وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه .
(جلسة ١٩٩١/٣/١٠ الطعن ١١٨ لسنة ٥٧ ق)
(جلسة ١٩٧٢/٢/١٩ الطعن ٤٦٢ لسنة ٣٥ ق السنة ٢٣ ص ٦٧)

ب – ذهاب الطاعن قبل نهاية الأجل إلى محل اقامة المطعون عليه ومقابلة ابن هذا الأخير وابداء رغبته في الشراء واستعداده لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالقبول ويقع على عاتقه نفى هذه القرينة. (جلسة ١٩٥٤/٥/٦ – م ق م – ٤٦ – ٣٥١) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : «لا يؤثر فى صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر من أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته، ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل» . ولما عرض النص على لجنة المراجعة دارت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يسقط إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل العلم به =

وقد كان القضاء المصرى في ظل القانون القديم يجرى على أن موت صاحب الإرادة أو فقده لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة (١) . ويرجع هذا فى رأينا إلى أن القانون القديم لم يكن يستطيع أن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبها ، فهو لا يراها إلا إرادة كامنة في النفس تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته . ولا شك فى أن حكم القانون الجديد فى هذه المسألة يفضل حكم القانون القديم من حيث استقرار التعامل. والمثل الآتي يوضح ذلك : شخص فى مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة، فقبلها الآخر، ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعلم بموت صاحبه . العقد فى هذه الحالة يتم وفقا للقانون الجديد ، وكان لا يتم فى ظل القانون القديم . وظاهر أن القول بتمام العقد هو الذى يتفق مع استقرار التعامل، فإن الموجب لا مأخذ عليه إذ هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شؤونه على هذا الاعتبار (٢) .

ويجب على ورثة القابل فى هذه الحالة (وعلى القيم فى حالة فقد الأهلية) وقد تم

= وبعد المناقشة جعل هذا الحكم مقصورا على موت من وجه إليه التعبير أو فقده لأهليته . وانتهت المناقشة إلى تعديل النص على الوجه الذى استقر فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ٩٤ فى المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٤ . وكذلك وافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٢ ، وجاء فى تقريرها ما يأتي : «اقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتي : «ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه» ، لأن نص المشروع فى هذه لمسألة يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا، ولأنه قد يفضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية ، إذ قد لا يتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة في الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته» ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف ، ولكن اللجنة رأت أن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهى أو منطق سليم ، بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتى، ومثل هذا الوضع أكثر ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية المصالح». وقد وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ – ص ٣٥) .

(١) أنظر محكمة الاستئناف الوطنية فى ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ٤ ص ٤٤٩ – محكمة طنطا فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رقم ٣٢ ص ٣٠٥ – وكانت المادتان ٧٢/٥٠ من القانون القديم تطبقان هذا المبدأ في عقد الهبة فتنصان على ما يأتى : «تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له» .

ويبدو أن القانون السورى الجديد – وقد سبقت الإشارة إليه – اختار مذهب القانون المدنى القديم، فلم ينقل عن القانون المدنى الجديد نص المادة ٩٢ ، وأراد بذلك أن يسقط التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقده لأهليته .

(٢) هذا ولو اعتبرنا الإيجاب ملزماً كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى ، لأمكن القول أيضاً بتمام العقد فى الفرض الآتي : شخص في مصر كتب لآخر فى فرنسا يعرض عليه صفقة ، ومات الموجب قبل أن يصل الكتاب إلى الطرف الآخر، ولم يكن هذا عند وصول الكتاب إليه يعلم بموت الموجب ، فقبل الصفقة .
=

العقد أن يقوموا بتنفيذه فى الحدود التى تلتزم بها الورثة بعقود مورثهم [1]. وغنى عن البيان أن العقد لا يتم فى المثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب – وبان هذا القصد فى إيجابه صراحة أو ضمناً – أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات ، أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً ، كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل فى فنه، فإن القبول يسقط بموت القابل [2] .

كل هذا بخلاف من وجه إليه القبول، فإنه إذا فقد أهليته أو مات قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لا يتم ، لأن القبول فى هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات ، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد [3] .

= والسبب فى أن الصفقة لا تتم فى هذا الفرض إذا لم نعتبر الإيجاب ملزماً هو أن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره . أما إذا اعتبرنا الإيجاب ملزماً ومات الموجب ، فإن التزامه بالبقاء على إيجابه ينتقل إلى ورثته ، فإذا وصلهم القبول أنتج أثره .وعلى هذا الأساس الأخير سارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ كان الإيجاب ملزماً فى هذا المشروع .

(١) ولما كان القانون الجديد قد استحدث هذا الحكم ، فلا يكون له أثر رجعى ، فلو أن القابل مات أو فقد أهليته قبل نفاذ القانون الجديد (أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فإن قبوله يسقط بالموت أو بفقد الأهلية طبقاً للقانون القديم . لكن إذا صدر القبول قبل نفاذ القانون الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد نفاذه ، فإن القبول لا يسقط بالموت أو فقد الأهلية طبقا للقانون الجديد، وذلك تطبيقا لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat) .

(٢) وقد سارت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى (وهى التى تقابل المادة ٩٢ من القانون الجديد) على الأساس الذى سارت عليه فى المادة السابقة ، فاعتبرت أن عدم سقوط التعبير للموت أو فقد الأهلية إنما جاء نتيجة منطقية لكون الإيجاب ملزما ، فورد فى هذا الصدد ما يأتى : «يقضى النص بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو بفقد أهليته . وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية للزوم التعبير عن الإرادة . فالالتزام بالإبقاء على التعبير ، أو بعبارة أدق بالارتباط به، يظل قائماً بعد الموت أو فقد الأهلية، شأنه فى ذلك شأن أى التزام آخر . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول ، وجه القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه» .

وهذا التعليل إذا صلح فى قانون يعتبر الإيجاب ملزما بوجه عام كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى، فهو لا يصلح تعليلا فى قانون لا يعتبر الإيجاب ملزما إلا فى حالات خاصة . على أن المذكرة الإيضاحية سارت إلى مدى أبعد فى تقرير عدم سقوط التعبير بالموت أو فقد الأهلية حتى لو لم يكن التعبير ملزما ، إذ قالت : «ووجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازما ، لا يتأثر هو أيضا بالموت أو بفقد الأهلية ... وغنى عن البيان أن حق العدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير» . وهذه الفقرة من المذكرة الإيضاحية تصلح تفسيراً صحيحاً للقانون الجديد ، ويضاف إليها أن حق الرجوع فى الإيجاب ينتقل هو أيضا إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية بعد وصول التعبير ، وذلك فى الحالات التى لا يكون فيها الإيجاب ملزما .

(انظر فى كل مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١) .

(٣) وكان المشروع التمهيدى (م ١٢٦) يقرر غير ذلك «على الوجه الذى بيناه فيما تقدم . ولكن المشروع النهائى عدل النص على الوجه الذى رأيناه فى القانون الجديد كما أسلفنا القول .

وقد كان القانون القديم يستثنى عقد الهبة من المبدأ القاضى بأن موت من وجه إليه التعبير أو فقده=

٢ – النيابة بعد التعاقد (*)

(التعبير الصادر من النائب)

٨٣ – تمهيد : التعبير الصادر من النائب – من حيث إنه تعبير عن الإرادة – يخضع لجميع القواعد التى أسلفناها ، فيكون صريحاً أو ضمنياً ، ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، وينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ولا يسقط بموت النائب أو فقده لأهليته ، كل ذلك على التفصيل الذى قدمناه . وهو – من حيث إنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصيل – يقتضينا الكلام فى نظرية النيابة .

والنيابة (représentation) هى حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانونى لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو [1] .

= لأهليته يسقط التعبير ، فكانت المادتان ٧٣/٥١ من هذا القانون تنصان على أنه «يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفى قبل القبول ، وفى حالة الهبة لمن ليس أهلا القبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه» . ولم يرد لهذا النص القديم مقابل فى القانون الجديد، فلا يؤخذ الآن بهذا الحكم الاستثنائى إذ لا نص عليه .

هذا ، ويجب التمييز بين المبدأين اللذين أخذ بهما القانون الجديد . فهو من جهة قرر أن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه . وهو من جهة أخرى قرر أن هذا التعبير لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . ولكل من هذين المبدأين نطاقه الخاص . ويترتب على الجمع بينهما ما يأتى : (١) إذا صدر تعبير من الموجب ، ومات هذا قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر ، فإن التعبير يبقى قائما ولهذا الطرف الآخر أن يقبل الإيجاب . ولكن هذا القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل هو أيضا إلى علم الموجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد . (٢) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا، بقى قبوله قائماً ، ومتى وصل إلى علم الموجب تم العقد . لكن إذا مات الموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه ، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد .

(*) **بعض المراجع الرئيسية** : ديموج فى الالتزامات ١ ص ٨٩ – ص ١٥٥ – بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ٥٤ – ص ٦٧ – بيلون (Pilon) رسالة من كان (Caen) سنة ١٨٩٨ – أودينو (Audinot) فى النيابة القاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ – كربسكو (Corbesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٣ – بولاند (Boland) رسالة من ليبج سنة ١٩٢٧ بوبسكو رامنسيانو (Pobesco Ramniceano) رسالة فى النيابة فى القانون المقارن سنة ١٩٢٧ – كلاريز (Clarise) رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٢٨ ص ٩٠ وما بعدها – الترجمة الفرنسية للقانون الألمانى الجزء الأول ص ٢٠١ – ص ٢٤٢ – نظرية العقد للمؤلف ص ٢٠٦ وما بعدها – الدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص ٧٥ وما بعدها – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٩١ وما بعدها .

(١) إذا كانت النيابة تبدو فى القانون الحديث نظاماً منطقياً معقولا ، فإن الأمر لم يكن كذلك فى القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستعصى على فكرة النيابة ، ولم تسلم بها إلا تدرجاً وفى حدود معينة .

كان القانون الرومانى يعترف من قديم بنيابة الابن والعبد عن رب الأسرة ، ولكن فى جعله دائناً لا مديناً . ثم أخذ يعترف بنيابتهما فى جعل رب الأسرة مديناً أيضا ولكن فى حدود معينة . أما غير الابن والعبد فلم يكن له أن ينوب عن غيره ممن لا يخضع لسلطته لا دائناً ولا مدينا. فإذا وكل شخص آخر=

والنيابة – بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها – تكون أما نيابة قانونية إذ كان القانون هو الذى يحدد هذا النطاق ، كما فى الولى والوصى والقيم والسنديك والحارس القضائى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق المدين . وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذى يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا فى عقد الوكالة [(1)] .

والفكرة الجديدة التى اهتدى إليها الفقه الحديث فى موضوع النيابة هى أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأى القديم الذى كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمص شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانة ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذى يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل ، وذلك بالقدر الذى لا يتلقى فيه النائب من الأصيل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها ، إذ يكون فى هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو [(2)] .

= فى عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل، ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل . ثم تطور القانون فصار للغير دعوى قبل الموكل مع استبقاء دعواه الأصلية قبل الوكيل ، ما لم يكن النائب وكيلا بحكم القانون كالوصى والقيم ، فقد كان يعطى دفعاً لدعوى الغير ، وفى هذه الحالة كان الغير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصيل فكانت النيابة كاملة . أما أن يعطى الموكل دعوى قبل الغير ، أى أن يصبح الشخص دائناً بوكيل، فهذا ما لم يتم فى القانون الرومانى إلا فى حالات معينة منها حالة النيابة القانونية . وبقى الوكيل هو الدائن للغير، ويؤدى بعد ذلك حساباً للموكل فيكون مديناً له (أنظر جيرار ص ٦٧٨ ، ص ٦٩٠ – وانظر فى القانون الفرنسى القديم بريسو (Brissaud) ص ١٤٤٢ وما بعدها) .

وفى الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب فى هذا الموضوع . فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى الموكل، أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل ، وهو فى هذا قريب من القانون الرومانى على النحو الذى تقدم . والشافعى يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل ، وهو فى هذا يتفق مع القانون الحديث (أنظر البدائع ٦ ص ٣٣ – ص ٣٤) .

(١) وقد ينظر إلى النيابة بالنسبة إلى المصدر الذى يضفى على النائب صفة النيابة . فتكون قانونية كما فى الولى، فإن القانون هو الذى يعين الأولياء . وتكون قضائية كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى، فإن جهة قضائية هى التى تختار هؤلاء . وتكون اتفاقية كما فى الوكيل ، فإن العقد هو الذى يعينه. ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذى يضفى صفة النيابة . وتكون نيابة كل من الولى والفضولى والدائن نيابة قانونية بالمعنيين معاً . وتكون نيابة كل من الوصى والقيم والحارس والسنديك نيابة قانونية بالمعنى الأول ونيابة قضائية بالمعنى الثانى.

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصين حذفا من المشروع النهائى لوضوح حكمهما. فكانت المادة ١٥٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : «يجوز التعاقد بالإصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك» . وكانت المادة ١٥٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «١– النيابة اتفاقية أو قانونية . ٢ – يحدد التفويض الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية ، فإذا كانت قانونية فالقانون هو الذى يحدد تلك السلطة» . (أنظر فى هذا وفى المذكرة الإيضاحية لهذين النصين المحذوفين مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ – ص ٩١) .

(٢) وهذا هو الفرق بين النائب والرسول كما سنرى : فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو . فإذا تلقى النائب تعليمات محددة من الأصيل، كان رسولاً فى حدود هذه التعليمات ونائباً فى خارج هذه الحدود (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٧) . =

والخصوصية فى التعبير الذى يصدر من النائب مترجما عن إرادته هو أن هذا التعبير ينتج أثره لا فى شخص صاحبه كما هو الحال فى كل تعبير عن الإرادة ، بل فى شخص غيره وهو الأصيل .

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة ، ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرفى العقد فتحل إرادته محل إرادتيهما معاً ، أو يتعاقد أصيلا عن نفسه نائباً عن غيره، فيبدو فى الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفردها بالذكر .

فنتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (أ) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (جـ) تعاقد الشخص مع نفسه .

= ويذهب الدكتور حلمى بهجت بدوى إلى وجوب التمييز بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية . ففى الأولى تشترك إرادة الأصيل والنائب فى إمضاء العقد ، ونتيجة لهذا الاشتراك توزع شروط الإرادة على هاتين الإرادتين بقدر مساهمتهما فى إمضاء العقد . أما فى النيابة القانونية فالعقد ينعقد بإرادة النائب وحده، ولكن أثر العقد هو حكم من أحكام القانون ينصرف إلى الأصيل (الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ – ٨٠ – وانظر فى النظريات المختلفة التى تقول باشتراك إرادتى النائب والأصيل فى إبرام العقد ديموج ١ ص ١٤٧ – ١٥٠) .

وانظر أيضاً فى النظريات المختلفة فى طبيعة النيابة ، وهل النائب يتقمص شخص الأصيل عن طريق الافتراض القانونى (Fiction) كما هو الرأى القديم ، أو أن النائب ليس إلا رسول كما يقول سافينى، أو أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل كما يقول إهرنج، أو إن إرادته تشترك مع إرادة الأصيل كما= = يقول ميتيس (Mitteis) ، إلى رسالة حديثة فى النيابة والدور الذى تقوم به فى إنشاء الالتزامات للدكتور جان كلاريز (Jean Clarise) ليل سنة ١٩٤٩ ص ١٤٧ – ص ١٦٥ . ويذهب الدكتور كلاريز صاحب هذه الرسالة إلى أن إرادة النائب وحدها ، أو مشتركة مع إرادة الأصيل، هى التى تحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) ، أما الذى يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهى إرادة الأصيل فى النيابة الاتفاقية والقانون ذاته فى النيابة القانونية (أنظر الرسالة المتقدمة الذكر ص ١٦٧ – ص ١٧٨) . وانظر فى رأى للأستاذ بولانجيه (Boulanger) يذهب إلى أن إرادة النائب تشترك مع إرادة الأصيل إذا كان عقد الوكالة هو مصدر النيابة، أما إذا كان مصدرها القانون أو القضاء فإرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل، إلى المقدمة التى وضعها الأستاذ بولانجيه للرسالة المذكورة .

ويشير الدكتور كلاريز فى رسالته (ص ١٣٧ – ص ١٤٠ و ص ٢٢٣) إلى جواز أن تكون النيابة فى عمل مادى (fait matériel) لا فى عمل قانونى (acte juridique) ، ويضرب مثلا لذلك نيابة التابع عن المتبوع فيما يرتكب الأول من خطأ يسأل عنه الثانى ، فالمتبوع فى هذه الحالة يكون مسئولا عن تابعه لأن هذا يعتبر نائباً عنه لا فى الأعمال القانونية فحسب بل وفى الأعمال المادية (أنظر فى هذا المعنى شيرونى (Chironi) فى المسئولية اللاعقدية جزء أول فقرة ١٥٦ وما بعدها – مازو جزء أول فقرة ٩٣٤ وما بعدها) . وتكون النيابة على هذا الأساس إما نيابة فى الإرادة كنيابة الوكيل عن الموكل، أو نيابة فى المصلحة كنيابة الولى عن الصغير ، أو نيابة فى العمل كنيابة التابع عن المتبوع ونيابة الفضولى عن رب العمل إذا كان العمل الذى قام به الفضولى عملا مادياً .

أ – شروط تحقق النيابة

٨٤ – حصر هذه الشروط : حتى تكون هناك نيابة يجب :

(أولاً) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل .

(ثانياً) وأن تجرى إرادة النائب فى الحدود المرسومة للنيابة .

(ثالثاً) وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

الشرط الأول – حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

٨٥ – النائب والرسول : تقدم القول أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فهو ليس بمجرد وسيط بين الأصيل والغير يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر ، وإلا كان رسولا (messager) . وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . ففى الحالة الأول يتعاقد الأصيل بنائب عنه ، ويعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة النائب فلا يصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ، ويعتد بالعيوب التى تلحق هذه الإرادة . أما فى الحالة الثانية فالأصيل يتعاقد بنفسه ، والتعاقد يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة الأصيل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة فيصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ما دام يقدر مادياً على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبلغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر فى عيوب الرضاء إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل .

٨٦ – العبرة بإرادة النائب وبنيته : ومن ذلك نرى أن مجرد الوساطة لا تكفى لتحقيق النيابة ، بل يجب لتحقيقها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه (1) . ويترتب على ذلك : (١) أن عيوب الرضاء ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل . فإذا وقع النائب فى غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلا للإبطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصيل لم يشبها عيب من هذه العيوب . كذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصبح إرادة من تعاقد معه معيبة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصيل فإنه يؤثر كذلك فى صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران فى صحة

(1) الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته فى ابرام التصرف إلا أنه يجوز أن يتم بطريق النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصيل بإبرام التصرف باسم هذا الأخير ولحسابه بحيث تنصرف اثاره إليه وفى غير الأحوال التى نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فأنها تقوم أساسا باتفاق إرادة طرفيها على أن يحل احدهما – وهو النائب – محل الآخر – وهو الأصيل – فى اجراء العمل القانونى الذى يتم لحسابه وتقتضى تلك النيابة الاتفاقية ممثلة فى عقد الوكالة تلاقى إرادة طرفيها – الأصيل والنائب – على عناصر الوكالة وحدودها . وهو ما يجوز التعبير عنه صراحة أو ضمنا بما من شأنه أن يصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائبا عن الموكل وتنصرف اثاره إليه ، وتخضع العلاقة بين الموكل والوكيل فى هذا الصدد من حيث مداها واثارها لأحكام الاتفاق المبرم بينهما وهو عقد الوكالة .
(جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ الطعن ٨٧٨ سنة ٤٦ ق س ٣٠ ص ٤١٢) .

العقد حتى لو وقعا من الغير فأولى أن يؤثرا فى صحة العقد إذا وقعا من الأصيل . (٢) أن حسن النية وسوءها يتلمسان عند النائب لا عند الأصيل ، وذلك فى الأحوال التى يرتب فيها القانون أثراً على ذلك . فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر ، فلا يجوز لدائنى هذا المدين الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية . إما إذا كان النائب سيئ النية وتواطأ مع المدين المعسر . فللدائنين الطعن فى التصرف حتى لو كان الأصيل حسن النية .

وقد ينظر فى بعض الفروض إلى نية الأصيل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدر له من الأصيل . فإذا وكل شخص آخر فى شراء شئ معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيوب والوكيل يجهل ذلك ، فلا يجوز فى هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيوب . ونرى أن هذا القدر فى اعتبار نية الأصيل كاف فى تعيين الدور الذى يقوم به كل من الأصيل والنائب فى إبرام العقد . فالأصل أن العقد ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل ، على أن إرادة الأصيل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه النائب ، إذ أن النائب فى هذه الحالة يكون بمثابة الرسول (١)

وقد أورد القانون الجديد كل هذه الأحكام ، فنص فى المادة ١٠٤ على ما يأتى :

« ١ – إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما» .

«٢ – ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها» (٢) .

(١) قارن ديموج ١ فقرة ١٤٧ – فقرة ١٥٠ ، والدكتور حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ – ص ٨٠ ، والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٩٣ – ص ٩٤ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : «يكون شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى صحة التعبير عن الإرادة ، ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب فى الإرادة ، أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها» . ولما عرض على لجنة المراجعة ، اقترح استكمال الحكم بما يسمح فى بعض الأحوال بأن يعتد بإرادة الأصيل إلى جانب إرادة النائب ، وقدمت المادة فى المشروع النهائى تحت رقم ١٠٧ بالنص الآتى : «١ – إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها . ٢ – ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان يستطيع أن يعلمها» . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٧ . ووافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص بعد تعديل جاء عنه فى تقريرها ما يأتى : «عدلت العبارة الأخيرة فى الفقرة الأولى فأستعيض عن التعبير «بوجوب العلم بها» بالتعبير «بافتراض =

ولم يكن فى القانون القديم مقابل لهذا النص ، ولكن القضاء والفقه فى مصر كانا يعملان دون نص بمقتضى هذا الأحكام [(1)] .

٨٧ – أما الأهلية فينظر فيها للأصيل : ولا يؤخذ من أن النائب إنما يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذى يباشره نيابة عن الأصيل . ذلك لأن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره فى شخص الأصيل ، فالأصيل لا النائب هو الذى يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد [(2)] .

وإذا كانت الأهلية تشترط فى الأصيل ، فهى لا تشترط فى النائب كما قدمنا . فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه فى بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف [(3)] . ولكن النائب يجب أن يكون أهلا لأن تصدر منه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً . ولكن إذا كان الوكيل قاصراً جاز له أن يطلب إبطال عقد الوكالة ، فلا يرجع الموكل عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة[(4)] .

= العلم بها حتماء ، حتى تكون دلالة النص أضيق . وعدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية تعديلا يتمشى مع ما تقرر بالنسبة إلى الفقرة الأولى» . وأصبح رقم المادة ١٠٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ليست الأحكام الواردة فى هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة فى النيابة القانونية . فما دامت إرادة النائب هى التى تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف ، فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل . وعلى هذا النحو يكون للعيوب التى تلحق إرادة النائب أثرها فى التعاقد. فإذا انتزع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان العقد قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب . أما فيما يتعلق بالظروف التى تؤثر فى الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضا أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصية فى بيع صادر من مدين معسر تواطأ مع نائب المشترى ولو أن الأصيل ظل بمعزل عن هذا التواطؤ» .

(أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ – ص ٩٤) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٧٧ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٠٦.

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ . والعبرة فى توافر الأهلية فى الأصيل بالوقت الذى يباشر فيه النائب العقد، فلو أن الأصيل لم يكن أهلا لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل، وكان أهلا له وقت مباشرة الوكيل للتعاقد ، صح العقد . ولا يصح إذا كان الأصيل أهلا وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للسفيه المحجور عليه أن يكون وكيلا عن الغير، ولا تشترط فيه أهلية خاصة، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله (٨ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ ص ١٤٨) .

(٤) ويلاحظ أنه إذا اختار الوكيل القاصر أن يبطل عقد الوكالة ، فإن نيابته المستمدة من هذا العقد تبطل ببطلان العقد ، ويصح أن ينقلب إلى فضولى إذا توافرت شروط الفضالة. هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد توافر الأهلية فى الأصيل دون النائب ، ما يأتى : «وعلى =

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون فى هذا النوع من النيابة هو الذى ضفي على النائب صفته ، وهو الذى يعين أهليته وأهلية الأصيل. فيجوز أن يكون الأصيل اصراً – مميزاً أو غير مميز – كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا فى وصاية والقوامة .

الشرط الثانى – استعمال النائب إرادته فى الحدود المرسومة للنيابة :

٨٨ – مجاوزة النائب لحدود نيابته : وإذا كان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن رادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة فى حدود نيابته ، وهى الحدود التى ينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل ذى قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل [(1)] .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذى تعامل مع ائب حسن النية ، أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى لاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود نيابته . مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة ستمرة ، كعملاء التأمين ومديرى الشركات ووكلاء الدوائر ، وأن يكون العمل الذى قام به دخل عادة فى حدود نيابته . ومثل ذلك أيضا أن يبقى الأصيل سند النيابة فى يد النائب بعد تهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذى انتهت نيابته مطمئناً إلى هذا السند [(1)] .

= نقيض ما تقدم يعتد فى الحكم على الأهلية بشخص الأصيل دون النائب . فإذا كان الأصيل أهلا للتعاقد بالأصالة ، صح تعاقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية . وقد يكون مصدر النيابة فى الصورة الأخيرة وكالة ، فما دام النائب غير أهل لعقدها ، كان عقد الوكالة وحده قابلا للبلان» . (مجموعة الأعمال التضحيرية ٢ ص ٩٢) .

(1) الأصل فى قواعد الوكالة ان الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فان قصر فعليه تقصيره ، وان جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الاصيل ويستوى فى ذلك أن يكون الوكيل حسن النية أو سئ النية قصد الاضرار بالموكل أو بغيره .

(جلسة ١٩٧٩/٥/٢ الطعن رقم ١١١٥ لسنة ٤٨ ق) .

(١) وكان المشرع التمهيدى يشتمل على نص يخول للغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته، فكانت المادة ١٥٨ فقرة ثانية من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه» . وبقى هذا النص فى المشروع النهائى وفى المشروع الذى وافق عليه مجلس النواب . ولما عرض على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت هذه اللجنة حذفه ، «إذ اعترض عليه بأنه لا فائدة منه إطلاقاً، على أن سند النيابة قد يكون عرفياً، فإذا أريد الإبقاء على هذه الفقرة فيجب أن ينص فيها على أن يكون سند النيابة رسمياً ، لا سيما أن لهذه المادة مقابلا فى القانون الحالى وهى المادة ٥١٨ ملغى – وكانت المادتان ٦٣٤/٥١٨ من القانون القديم تقضيان بالحق لمن يعامل الوكيل فى أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل – ولما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها لأن الشخص الذى يتعاقد مع نائب عن الغير تقضى عليه الظروف بالاحتياط والحكمة فى معاملته، فقد يكتفى بسند عرفى، وقد يصر على طلب سند رسمى ، وقد يصرف النظر عن هذا وذاك ، فالمرجع فى هذا الخصوص إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير» . وجاء فى تقرير اللجنة : «حذفت الفقرة الثانية من هذه المادة=

وقد اشتمل القانون الجديد على نصين هما تطبيقان للمبدأ المتقدم . (**أولهما**) هو الخاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقد معه يجهلان هذا الانقضاء . فنصت المادة ١٠٧ على أنه «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه» (١) . مثل ذلك أن يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصيل. و(النص الثاني) ورد في عقد الوكالة ،. إذ تنص المادة ٧٠٣ على ما يأتي : «١– الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة . ٢ – على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة» (٢).

= لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ، في القواعد العامة ما يغني عن النص عليها» . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢، ص ٩٥ – ص ٩٧) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للنص المحذوف ما يأتي : «فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته في هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويستوى في هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلا بهذه الواقعة . وقد روعي في تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصيل في عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ – ص ١٠٣) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٦٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «ما دام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقا كان أو التزاما، ينصرف إلى الأصيل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية، هذا إذا كان الغير الذي تعاقد معه النائب يجهل هو أيضا أن النيابة قد انقضت» . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة أقرتها بعد أن أبدلت عبارة «ينصرف إلى الأصيل» بعبارة «يضاف إلى الأصيل» ، وأصبح رقم المادة ١١٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١٠ . وعدلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ صياغة المادة إلى الوجه الذي استقرت عليه في القانون حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بجوهر الحكم ، وأصبح رقم المادة ١٠٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة – هذا ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «قد تنقضي النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان يجهل موت الأصيل أو إلغاء التوكيل ، فإذا تعاقد في هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة، كان تعاقده ملزما للأصيل وخلفائه . وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغي للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار» . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ – ص ١٠٤) .

(٢) ويلاحظ أنه في الفرضين الأولى – النيابة المستمرة وبقاء سند النيابة في يد النائب – ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الأصيل لأن هذا قد ارتكب خطأ ، فيكون نفاذ عمل النائب في حقه بمثابة التعويض. أما في الفرضين الأخيرتين – جهل النائب والغير لانقضاء النيابة والظروف التي يغلب معها الظن أن الموكل يوافق على تصرف الوكيل – فنفاذ عمل النائب في حق الأصيل إنما هو تطبيق لقواعد الفضالة.

٨٩ – إقرار الأصيل لهذه المجاوزة : فإذا جاوز النائب حدود النيابة ولم ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الأصيل في إحدى الصور المتقدمة الذكر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط الفضالة ، اعتبر الأصيل أجنبياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كا ن له محل .

ولكن قد يقر الأصيل العمل المجاوز لحدود النيابة ، فيصبح كأنه قد تم في حدودها ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار (١) (1) .

الشرط الثالث – تعامل النائب باسم الأصيل :

٩٠ – الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) : ولا يكفي أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل، وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل دائناً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذي تم بينهما .

ومع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصيل في حالتين : (١) إذا كان من المفروض حتما أن الغير يعلم بوجود النيابة . (٢) أو كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . وقد اشتملت المادة ١٠٦ من القانون المدني الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتي : «إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل ، دائناً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتما ن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب» (٢) (2) .

---

(١) فلو كان النائب وكيلا وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلا بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون، فقد جعل الوكيل – بناء على إرادته – نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة، بل هي معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل .

(1) لئن كان طلب الوكيل في ايقاع البيع على موكله يستلزم وكالة خاصة تتيح له ذلك اعمالا لنص المادة ٧٠٢ من القانون المدني ، إلا أنه إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته العامة، وابرم تصرفه فإن هذا التصرف يكون موقوفا على اجازة الموكل ، فإن أقره اعتبر نافذاً في حقه وقت إبرامه ، وإذا كان المطعون ضدهم قد اجازوا تصرف المحامي الذي كان يباشر عنهم اجراءات التنفيذ العقاري، وطلب ايقاع البيع عليهم رغم أن وكالته كانت قاصرة على مباشرة الأعمال القضائية ، فان اجازتهم اللاحقة لهذا التصرف تعتبر في حكم الوكالة السابقة ويضحى التصرف صحيحا ونافذا في حقهم .

(١٩٧٥/١/٢٩ م نقض م ٢٦ – ٢٩٣) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٥٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «إذا لم يعلن العاقد وقت تمام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فلا ينصرف أثر العقد مباشرة إلى الأصيل، دائناً أو مديناً، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب» . فأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ١٠٩ من المشروع=

٩١ – التعاقد باسم الأصيل : فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن يتعامل باسم الأصيل ولحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها ، أو قد تفهم ضمناً من الظروف ، كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومة فى محل هذا المخدوم ، وكالخادم يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها .

والتعاقد باسم الأصيل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذى يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل ، ولكن الغير يتعامل معه فى شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، أضيف العقد إلى الأصيل فى الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦ ، وقد تقدم ذكرهما.

ب – آثار النيابة

٩٢ – العلاقة فيما بين النائب والغير : النائب يعمل باسم الأصيل كما قدمنا ، فأثر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التى أنشأهـا العقد ، إلا إذا ثبتت له النيابة فى تنفيذ العقد كما ثبتت له فى إبرامه . كذلك لا يقوم فى ذمة النائب التزام بالعقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقـد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطأه ، حتى إذا قصر فى أداء مهمته صار مسئولا

= النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٩ . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، استعيض عن عبارة «إلا إذا كان يستفاد من الظروف» بعبارة «إلا إذا كان من المفروض حتماً» ، وأصبح رقم المادة ١٠٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٨ – ص ١٠١) .

وانظر أيضا المادة ٣٢ فقرة ٢ و ٣ من قانون الالتزامات السويسرى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد استحدث المشروع باقتباس هذا النص من تقنين الالتزامات السويسرى حكماً هاماً يطابق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير ، وهى التى تقضى بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تنطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة ، أو كان لا يستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٦) .

هذا ويلاحظ أن الفضولى ، وهو نائب نيابة قانونية عن رب العمل كما قدمنا ، إذا عمل باسمه لا باسم رب العمل ، فإن الأثر ينصرف إليه هو لا إلى رب العمل ، تطبيقاً للمبدأ المتقدم الذكر .

=(2) مفاد نصوص المادتين ٧١٣ ، ١٠٦ من القانون المدنى أنه يجوز للوكيل ان يبرم العقد الذى تخوله الوكالة اصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب ، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى ابرام العقد ، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة ، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل إلى من تعاقد مع الوكيل المستتر .

(جلسة ١٩٩٧/١١/١ الطعن رقم ٥٥٧٦ لسنة ٣٥ ق س ٤٨ ص ١١٦٦)

(جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨ الطعن رقم ٥٨١ لسنة ٣٥ ق س ٢١ ص ٩٣٣)

(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦ الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ ق س ١٥ ص ١٠٧٣)

عن هذا التقصير ، إما نحو الغير الذى تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنين معاً.

٩٣ – العلاقة فيما بين النائب والأصيل : يحدد هذه العلاقة المصدر الذى أنشأ النيابة: الوكالة أو القانون.

٩٤ – العلاقة فيما بين الأصيل والغير : تتولد علاقة مباشرة فيمابين الأصيل والغير، ويختفى شخص النائب من بينهما . فهما المتعاقدان ، وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد . وهذه هى الخطوة التى وقف دونها القانون الرومانى . وهى الخصيصة المميزة للنيابة فى القوانين الحديثة ، انتهى إليها منطق النيابة فى تطورها ، وقضت بها النصوص الصريحة. فقد نصت المادة ١٠٥ من القانون المدنى الجديد على أنه «إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل» [(١)].

فيكسب الأصيل الحقوق التى تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب [(1)]

كذلك يكسب الغير الحقوق التى تولدت له من العقـد ، ويرجع بها مباشرة على الأصيل.

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٥٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – إذا أبرم النائب عقداً فى حدود نيابته وباسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى الأصيل مباشرة . ٢ – ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة بعقد مكتوب ، فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه» . فأقرت لجنة المراجعة المادة بعد تعديلات لفظية ، وأصبح رقمها ١٠٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٨ . ولما عرضت على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وافقت اللجنة على الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فقد قررت حذفها للأسباب التى تقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٠٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ – ٩٧).

وانظر أيضا المادة ٣٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد ، فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع إلى شخص الإصيل وحده عند تعيين مصير آثاره. فالأصيل دون النائب هو الذى يعتبر طرفاً فى التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم فى شأن النيابة» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ – ص ٩٦).

(1) لما كان مقتضى النيابة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانونى لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو – فهى فى جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل أو تصرف تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل باعتبار أن الالتزام فى حقيقته رابطة بين ذمتين ماليتين وليس رابطة بين شخصين ، ولازم ذلك أن النائب فى النيابة القانونية لا يكون مسئولا قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ تجاوز به حدود هذه النيابة يستوجب مسئوليته فإذا لم يرتكب هذا الخطأ لم يكن مسئولا حتى لو أصاب الغير ضرر من تنفيذ النيابة .

(جلسة ١٩٨١/١٢/٢٧ الطعن ١٥٧ لسنة ٤٢ ق س ٣٢ ص ٢٤٣٧)

جـ – تعاقد الشخص مع نفسه *

٩٥ – نظرية عامة : متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلا عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين ، يجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه . ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هي إرادة ذلك الشخص وقد حلت محل إرادتين [(١)] .

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من هذه المسألة . فمنها ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ، كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والشريعة الإسلامية والشريعة الإنجليزية والقانون المصري الجديد . ومنها ما يبيحه بوجه عام ، كالقانون السويسري والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم . ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة. فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحته في فروض معينة ، والشرائع التي أباحته حرمته في ظروف استثنتها ، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين ، خضوعهما لمقتضيات الحياة العملية ، أن تقربت الشرائع التي تحرم من الشرائع التي تبيح .

٩٦ – تعاقد الشخص مع نفسه في القانون القديم : لم يرد في القانون القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه . فنزع الفقه إلى الاجتهاد ، وميز بين أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع نفسه ينوب عن أحد طرفي العقد ويتقدم أصيلا عن نفسه وأن يكون نائباً عن الطرفين . ذلك أنه جعل العبرة في منع هذا التعاقد أو إباحته وجود خطر يهدد

---

* **بعض المراجع** : بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ – فقرة ٧٤ – ديموج ١ فقرة ٤٠ – فقرة ٨٨ – جوجيه في تعاقد الشخص مع نفسه ، رسالة من كان سنة ١٩٣٠ – موريل في الوكيل بالعمولة كطرف آخر في العقد، رسالة من ليل سنة ١٩٠٤ – فاليمارسكو في تعاقد الشخص مع نفسه (مقال في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٢٢٦ وما بعدها) – الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني م ١٨١ ص ٢٣٩ – ص ٢٤٢ – فيفورونو في العقد في المشروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المقارن ص ٥٠٤ – صس ٥٢٤ – نظرية العقد للمؤلف ص ٢٢٦ وما بعدها – الدكتور حلمي بهجت بدوي بك ص ١٢٢ وما بعدها – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٩٧ وما بعدها .

(١) ومن هنا حرمت بعض الشرائع تعاقد الشخص مع نفسه لأن نظرية النيابة تقضي بأن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد، سواء كان نائباً عن كل منهما أو نائباً عن أحدهما وأصيلا عن نفسه ، يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين . ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين .

أما أنصار الإباحة فينقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقي توافق فيه القبول مع الإيجاب ، ولكن شخصا واحداً هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول طبقا لمنطق نظرية النيابة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ ص ٨٨) . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوي إلا على إرادة منفردة جعلها القانون تنتج أثراً (ديموج ١ فقرة ٤٢ – فقرة ٤٣) . ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأي الثاني . (أنظر رأيا آخر للدكتور حلمي بهجت بدوي ، يتمشى فيه مع رأيه الذي سبقت الإشارة إليه من اشتراك إرادة الأصيل وإرادة النائب في إمضاء العقد إذا كانت النيابة اتفاقية ، ومن جعل أثر العقد حكماً من أحكام القانون إذا كانت النيابة قانونية في مؤلفه «أصول الالتزامات» ص ١٢٤ – ص ١٢٥) .

مصلحة الأصيل أو انعدام هذا الخطر ، فمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه . ومن هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره . فالخطر متحقق في الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتنع مباشرة هذه العقود ، أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فتجوز مباشرتها . ولا يتحقق الخطر في الحالة الثانية إلا في بعض عقود استثنائية كالصلح ، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا في هذه الحالات الاستثنائية [(١)] .

٩٧ – تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد : أما القانون الجديد فقد أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في بعض الحالات . إذ قضت المادة ١٠٨ بأنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة» [(٢)] .

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز ، سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلا في بيع مال فاشتراه لنفسه [(٣)] ، أو تعاقد لحساب غيره

---

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٢٣١ – ص ٢٣٦ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٦١ من المشروع التمهيدي مع اختلاف لفظي بسيط . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مماثلا لنص المادة ٢٠٨ ، وقدمته تحت رقم ١١١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١١ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عن الجزاء على مخالفة نص هذه المادة ، فأجيب بأنه لا يترتب على المخالفة البطلان وإنما لا يحتج بالعقد على الأصيل . وتساءل عضو آخر هل الترخيص السابق يغني عن الإجازة اللاحقة ، فكان الجواب بالإيجاب . واعترض على تحريم تعاقد الشخص مع نفسه بأن هذا يخالف القاعدة التقليدية ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن القانون يشترط لتمام العقد تقابل إرادتين ، ولا ينطوي تعاقد الشخص مع نفسه إلا على إرادة واحدة ، فإما أن يكن الشخص وكيلا عن اثنين فيكون هناك تضارب في المصالح ، وإما أن يكون الشخص أصيلا عن نفسه ووكيلا عن غيره فيكون التضارب أكبر ، لذلك نص على عدم إمكان تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . وقد وافقت اللجنة على بقاء المادة كما هي تحت رقم ١٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩٠٥ – ص ١٠٨) .

وانظر في هذه المسألة المادة ٣٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي .

(٣) وهذا التطبيق الخاص وردت فيه نصوص صريحة في القانون الجديد . فقد نصت المادة ٤٧٩ على أنه «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى» . ونصت المادة ٤٨٠ على أنه «لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار» .)ويلاحظ هنا أن السمسار والخبير أنزلا منزلة النائب لاتحاد العلة). وجاء في المادة ٤٨١ : «يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه» .

وهو نائب عن طرفي العقد كما لو كان موكلا في بيع مال فاشتراه لشخص وكله في الشراء. ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصيلين ، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل في كلتا الحالتين (١) .

وهناك رأى يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد قابل للإبطال لمصلحة الأصيل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد تقرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كنا من القائلين بهذا الرأى وقررناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) . ولكن تبينا بعد التأمل أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الإنابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلا أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح. فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة، ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً في حق الأصيل إلا إذا أجازه . وهذا ما يقضى به صراحة نص المادة ١٠٨ (1) .

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدماً للنائب في التعاقد مع نفسه . وفي هذه الحالة يعمل النائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، ويكون عمله نافذاً في حق الأصيل ، وهذا ما صرحت به أيضاً المادة ١٠٨ سالفة الذكر .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين : فقد يكون الشخص طرفا في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصيل. وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين في آن واحد، وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة» . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ – ص ١٠٦).

(٢) وقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : «ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل ... ومن الواضح أن البطلان المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

(1) استثنت المادة ١٠٨ من القانون المدنى من حكمها الاحوال التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد فاذا كان الموقع على الايصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلا لها وقد تضمن هذا الايصال إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة وديعة لدى الشركة ، فإن هذا الإقرار يكون متضمنا انعقاد عقد وديعة بين نفسه وبين الشخص الاعتباري الذى ينوب عنه الشركة، وهو ما لا يجوز عملا بالمادة ١٠٨ سالف الذكر إلا بترخيص من الشركة أو باجازتها لهذا التعاقد وبالتالي لا يجوز للمدين أن يرجع على الشركة على أساس عقد الوديعة.

(جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩ الطعن ٢٨ لسنة ٢٩ ق س ١٤ ص ١١٧٣)

وتنقض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانوني ما قضى به قانون الولاية على المال في المادة ٣٩ وهي توجب الحصول على إذن المحكمة لتصرف الوصي في مال القاصر — ومن باب أولي إذا كان هذا التصرف لنفسه — وفي إيجار مال القاصر لنفسه ، وقد عدد النص طائفة معينة أخرى من التصرفات . أما بالنسبة إلى الولى فتجيز الشريعة الإسلامية أن يشترى الأب مال ولده أو يبيع ماله من ولده بمثل القيمة أو بيسير الغبن ، وتنص المادة ٦ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للولى أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ويقاس على البيع غيره من التصرفات . ومثل ما تقضى به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجاري (١) .

ويستخلص مما قدمناه أن الجزاء في تعاقد الشخص مع نفسه لا يلتمس في نظرية البطلان، بل في نظرية مجاوزة النائب لحدود نيابته .

المطلب الثاني

توافق الإرادتين

٩٨ – التمييز بين حالتين : لم يعرض القانون القديم بنص إلى هذا الموضوع الذى يعد من أدق موضوعات العقد ، بل ترك الأمر فيه للفقه والقضاء . وهذا بخلاف التقنينات الحديثة كالتقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسرى والمشروع الفرنسي الإيطالي، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، نسج على منوالها القانون الجديد ، وهي تبين كيف يصدر الإيجاب ومتى يكون ملزماً ، وإلى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول ، سواء أكان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد أم كانا غير موجودين في مجلس واحد .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين : (١) حالة ما إذا ضم المتعاقدين مجلس واحد (٢) وحالة التعاقد فيما بين الغائبين .

§ ١ – المتعاقدان في مجلس واحد

٩٩ – الايجاب والقبول : تقدم أنه لابد لتمام العقد من صدور إيجاب من أى من المتعاقدين؛ يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر . فنتكلم في مسائل ثلاث : (أولا) صدور الإيجاب (ثانيا) اقترانه بالقبول (ثالثا) حالات خاصة في القبول .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه . فمن ذلك إباحة تعامل الولى مع ولده وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

أ – صدور الإيجاب

المراحل التي يمر بها الايجاب :

١٠٠ – المفاوضات : من يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأى فى العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات [(١)] قد تطول . ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه [(1)] . كأن يضع إعلاناً ينبئ أنه يعرض منزلا للبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا إيجاباً . وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص (م ١٣٤) يقضى بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً ، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض [(٢)] . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعد إيجاباً باتاً ، بل يكون من قبيل المفاوضات ، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة [(٣)] .

والقانون لا يرتب فى الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً، فكل متفاوض حر فى قطع المفاوضة فى الوقت الذى يريد [(2)] . ولا مسئولية على من عدل ، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدى . وليست المفاوضات إلا عملا مادياً لا يلزم أحداً . لذلك لا

(١) هناك عقود تتم عادة دون مفاوضات تسبقها ، منها : العقود المألوفة فى الحياة اليومية كمن يأكل فى مطعم أو ينزل فى فندق أو يشترى صحيفة ، والعقود التى تبرم دون سابق مفاوضة فى الحياة التجارية وهى تقتضى السرعة فى البت والتعامل ، وعقود الإذعان وهى تتميز بإيجاب بات فى بادئ الأمر يعقبه إذعان من المتعاقد الخر أو قبول لابد منه على ما سنرى .

(٢) وقد سبقت الإشارة إلى هذا النص عند الكلام فى التعبير الصريح والتعبير الضمنى (أنظر فقرة ٧٦)، وبينا هناك أن هذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة لعدم الحجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه .

(٣) ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ – أنظر أيضاً حكماً آخر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ .

(1) الاعلان الموجه للجمهور أو الافراد لا يعدو أن يكون دعوة للتفاوض وان المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولا يترتب عليها بذاتها أى أثر قانونى فكل متفارض حر فى قطع المفاوضة فى الوقت الذى يريد دون أن يتعرض لأية مسئولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله .

(جلسة ١٩٨٦/١/١٩ الطعن ٨٦٢ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ٢٠٠٠/١/٢٣ ، الطعنان رقما ١٦٩٦ ، ١٨٦٥ لسنة ٧٠ق)

(2) المفاوضة ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أى أثر قانونى فكل متفاوض حر فى قطع المفاوضة فى الوقت الذى يريد دون أن يتعرض لأية مسئولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا يترتب على هذا العدول مسئولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسئولية التقصيرية ، ذا نتج عنه ضرر بالطرف الأخر المتفاوض .

(جلسة ١٩٦٧/٢/٩ الطعن ١٦٧ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٣٣٤)

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعنان ٨٢٤٠، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ق س٤٨ ص٩٥٢)

يعد السمسار نائباً لأنه إنما يمهد للمفاوضات وهى عمل مادى لا عمل قانونى .

على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسئولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه . ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تعاقدية مبنية على العدول بل هى مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ . والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذى أصابه ضرر من العدول، فإذا أثبت مثلا أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول فى الوقت المناسب ، وانبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة، كان له الحق فى المطالبة بتعويض .

١٠١ – الايجاب المعلق : وقد تنتهى المفاوضات إلى إيجاب معلق، كأن يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار، فيكون الإيجاب الذى صدر منه بالثمن الذى عينه معلقاً على شرط عدم تغير الأسعار، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولا وتراعى الأسبقية فى القبول حتى ينفذ الشئ . ومن هذا يتبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذى علق عليه .

١٠٢ – الايجاب البات : فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائى هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، يفصل فيه قاضى الموضوع طبقا لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه [(1)] .

القوة الملزمة للايجاب :

١٠٣ – فى القانون القديم : لم يرد فى القانون القديم نص يبين ما إذا كان الموجب يبقى ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقتران القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام الإيجاب لم يقترن بالقبول [(١)] . ولكنه مع ذلك ذهب إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول هذه الأجل، سواء

(1) الايجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص على وجه جازم عن ارادته فى ابرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد ، واستخلاص ما إذا كان الايجاب باتا مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع .

(جلسة ١٩٨٥/١٢/٤ الطعن ٨٦٣ لسنة ٥٢ ق) .

(جلسة ١٩٩٤/١١/١٦ الطعن ٣١٠٣ لسنة ٥٨ ق السنة ٤٥ ص ١٣٨٣)

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعنان ٨٢٤٠، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق س ٤٨ ص ٩٥٢)

(١) استئناف مختلط فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٠١ – وفى ٩ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢ – وفى ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٥٦ – وفى ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ – وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٣ – وفى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٢ – وفى ١٣ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٨ .

حدد الأجل صراحة أو ضمناً ، وبنى هذا لا على أساس الإرادة المنفردة بل على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بألا يعدل عن إيجابه المدة المحددة، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من الموجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل فى مصلحته [(١)] . وذهب القضاء أيضا إلى أن عدول الموجب عن إيجابه في وقت غير مناسب قد يجعل للموجب له حقاً فى التعويض على أساس المسئولية التقصيرية [(٢)] .

أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل، ولكنه كان يتقلب في تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث : نظرية الإرادة المنفردة ، ونظرية العقد الضمنى ، ونظرية المسئولية التقصيرية [(٣)] .

١٠٤ – فى القانون الجديد : وأتى القانون الجديد فأقر الوضع على أساس نص تشريعي. فقضت المادة ٩٣ بما يأتى : «١ – إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ – وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة» [(٤)] . فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقا لنص القانون الجديد. ولم نعد بعد هذا النص فى حاجة إلى البحث عن الأساس الذى تقوم عليه هـذه القوة الملزمة، فالنص صريح فى أن الإيجاب وحده هو الملزم ، أى أن الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقا لنص القانون ، وهذه هى إحدى الحالات التى نص القانون الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدراً للالتزام .

---

(١) استئناف مختلط فى ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بوريللى بك م ٣٠١ فقرة ٥ – وفى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ – وفى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٢ .

(٢) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٣ رقم ١٧ .

(٣) أنظر كتاب «نظرية العقد» للمؤلف ص ٢٤٤ – ص ٢٤٦ .

(٤) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – إذا حدد ميعاد للقبول التزم الموجب بإيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ – وقد يستخلص الميعاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة التعامل» . وفي لجنة المراجعة اقترح أن يكون التزام الموجب لا بإيجابه بل بالبقاء على إيجابه ، فإن هذا أدق فى الدلالة على المعنى المقصود ، فوافقت اللجنة على ذلك كما أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٩٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٥ . ووافقت عليها كذلك لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦ – ٣٨) .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يسبق هذا النص جاء فيه ما يأتى : «كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه يقصد أن يلتزم بإيجابه» (م ١٢٩ من المشروع التمهيدى) . وحذف هذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بالنص الذى استبقى فى حالة الإيجاب المقترن بأجل ، إذ أن هذه الحالة هى وحدها التى تظهر فيها الفائدة العملية من القول بالصفة الملزمة للايجاب. أما إذا لم يقترن الإيجاب بأجل، فيمكن القول بأنه لو كان النص المحذوف قد استبقى لأفاد أن الموجب يبقى فى هذه الحالة ملزما بالبقاء على إيجابه المدة المعقولة ، وحذف النص جعله غير ملزم . ولكن الفائدة العملية من هذا القول تكاد تكون معدومة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠) .

ويكون تحديد الميعاد الذى يبقى فيه الإيجاب ملزماً صريحاً فى الغالب . ولكن يقع حياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعامل أو من طبيعته . فإذا عرض مالك آلة ن يبيعها تحت شرط التجربة . فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه وال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى [(١)] . وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاد للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذى سع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، وله أن يفرض أن جابه قد وصل غير متأخر [(٢)] . فهنا أيضاً يوجد ميعاد ضمنى ، إذ قضت طبيعة المعاملة ، الإيجاب قد صدر لغائب ، أن يتربص الموجب مستبقياً إيجابه إلى أن ينقضى الميعاد الذى سع عادة لوصول القبول إليه فيما لو كان الموجب له قد أرسل هذا القبول دون إبطاء لا ره الظروف ومع افتراض أن الإيجاب قد وصل فى الميعاد المقدر لوصوله [(٣)] .

ويبقى الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها ، ما لم يكن إيجابه قد سقط فض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة كما سيأتى .

أما إذا لم يحدد الموجب أية مدة للقبول ، فإن إيجابه يبقى قائماً ، ولكنه لا يكون ملزماً، بجوز له الرجوع فيه أى وقت شاء ما دام أنه لم يقترن بالقبول [(1)] .

ومن ثم نتبين أن الإيجاب قد يكون قائماً ملزماً ، وقد يكون قائما غير ملزم ، فالقيام ير الإلزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

---

(١) هـذه العبارات مأخوذة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧) .

(٢) وقد كانت المادة ١٣٢ من المشروع التمهيدى تجرى على هذا الوجه ، وحذفت فى المشروع النهائى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠). ويلاحظ أننا انتقلنا فى هذا الفرض من تعاقد يصدر الإيجاب فيه لحاضر فى مجلس العقد إلى تعاقد يصدر الإيجاب فيه لغائب .

(٣) أنظر فى مثل ثالث لتحديد ميعاد للقبول تحديداً ضمنياً محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ .

هذا وتقديم عطاء فى مناقصة متى وصل إلى علم من وجه إليه العطاء – والعلم هنا يقع على تقديم العطاء فى ذاته ولا يشمل مضمون العطاء لان هذا يكون سرياً كما تقضى بذلك طبيعة المعاملة – يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه حتى قبل فض المظاريف ، لأن الإيجاب قد اقترن بأجل ضمنى هو الميعاد الذى حدد لإرساء العطاء .

(1) إذا لم يعين ميعاد للقبول فإن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عدل عنه الموجب ، فان بقى الموجب على ايجابه حتى صدر القبول من المعروض عليه الايجاب فقد تم العقد بتلاقى الارادتين ومن ثم فلا يجوز بعد ذلك لأى من الطرفين بارادته المنفردة التنصل منه أو التحلل من آثاره .

(جلسة ١٩٦٣/٤/١٨ السنة ١٤ ص ٥٥٠)

(جلسة ١٩٦٤/٧/٢ الطعن ١٨٧ سنة ٢٨ ق س ١٥ ص ٨٩٥)

(جلسة ١٩٩٣/٦/٢٤ الطعن ٥٧٩ سنة ٥٩ ق س ٤٤ ص ٧٥٩)

سقوط الايجاب :

١٠٥ – الايجاب القائم الملزم : فإذا كان الإيجاب قائماً ملزماً فإنه يسقط فى حالتين :

(الحالة الأولى) هى أن يرفض الموجب له الإيجاب ، فيسقط حتى لو لم تنقض المدة التى يكون فيها ملزماً ، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة ، فهو تارة يكون رفضاً محضاً، وطوراً يكون قبولا يتضمن تعديلا فى الإيجاب (م ٩٦ وسيأتى ذكرها) ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

(الحالة الثانية) هى أن تنقضى المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزماً ، فيسقط ، وينتهى الإلزام والقيام فى وقت واحد. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه فى خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد، سواء فى ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصل القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا فى خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ولو أنه يصبح غير لازم ، ولكن مثل هذا النظر يصعب تمشيه مع ما يغلب فى حقيقة نية الموجب . ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب عند انقضاء الميعاد يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشروع فى نص لاحق. وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز فى كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثانى اتفاق إرادتين» (١) .

١٠٦ – الايجاب القائم غير الملزم : وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم – وهذا لا يكون إلا فى التعاقد ما بين حاضرين فى مجلس العقد – فإنه يسقط أيضا فى حالتين :

(الحالة الأولى) : إذا عدل عنه الموجب قبل انفضاض مجلس العقد .

(الحالة الثانية) إذا انفض مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب .

وسنرى تفصيل كل ذلك عند الكلام فى مجلس العقد (أنظر م ٩٤)(٢) .

١٠٧ – القبول بعد سقوط الايجاب ايجاب جديد : وإذا سقط الإيجاب على النحو الذى قررناه فيما تقدم ، فكل قبول يأتى بعد ذلك يكون متأخراً ، ولا يعتد به على اعتبار أنه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦ – وانظر أيضا فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٦٢ .

(٢) كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يعدد الحالات التى يسقط فيها الإيجاب ، فكانت المادة ١٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «يسقط الإيجاب : ١) إذا انقضت صفته الملزمة قبل أى قبول . ٢) إذا رفضه من وجه إليه . ٣) إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد عارضه بإيجاب آخر» . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة قررت حذفها لأنها تشتمل على تعداد يحسن تركه للفقه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠ – ص ٤١ فى الهامش) .

قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح كما رأينا أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذى سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

نرى ذلك فى حالة ما إذا رفض الإيجاب بقبول يتضمن تعديلا فى الإيجاب أو بإيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول . ونرى ذلك كما قدمنا فى حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزماً (١) . ونرى ذلك أيضا فى حالة ما إذا صدر قبول بعد عدول الموجب عن إيجابه . ونرى ذلك أخيراً فى حالة ما إذا صدر قبول بعد انفضاض مجلس العقد . ففى هذه الحالات الأربع – وهى الحالات التى رأينا أن الإيجاب يسقط فيها – إذ صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يعتد به قبولا ، ولكنه يعدل إيجاباً جديداً .

ب – اقتران الإيجاب بالقبول

١٠٨ – الميعاد الذى يصح فيه القبول – مدة قيام الايجاب : يصح القبول ما دام الإيجاب قائماً . وقد عددنا فيما تقدم الحالات التى يسقط فيها الإيجاب . ونستخلص منها أن الإيجاب المقترن بأجل للقبول صريح أو ضمنى يبقى قائماً طول مدة الأجل، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين . فيجوز فى أى وقت فى خلال الأجل أن يصدر القبول فيقترن به الإيجاب .

أما إذا كان التعاقد بين حاضرين فى مجلس واحد ، ولم يقترن الإيجاب بأجل للقبول، فإن الإيجاب يبقى قائماً – ويجوز أن يقترن بالقبول – ما دام مجلس العقد لم ينفض. فإذا انفض سقط الإيجاب وامتنع القبول .

١٠٩ – مجلس العقد : يبقى الآن أن نبين ما هو المقصود بمجلس العقد . جاء هذا التعبير فى المادة ٩٤ من القانون المدنى الجديد، وهذا نصها : «١ – إذا صدر الإيجاب فى

---

(١) أنظر فى حالة وصول القبول متأخراً ، سواء لأنه صدر بحيث يصل فى الميعاد ولكنه وصل متأخراً بالفعل أو صدر بحيث لا يمكن أن يصل فى الميعاد ، نظرية العقد للمؤلف ص ٢٥٣ حاشية رقم ١ و ٢ .

هذا وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : «يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد . ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل فى الوقت المناسب، ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب ينوى ألا يرتبط بهذا القبول، وجب عليه ، إن علم أن القبول رغم تأخره فى الوصول قد أرسل فى الوقت المناسب ، أن يخطر الطرف الآخر فوراً بتأخر القبول، فإذا تهاون فى الإخطار اعتبر القبول غير متأخر» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا النص ما يأتى : «ويجب التفريق بين القبول الذى يرسل بعد انقضاء الميعاد المحدد له وبين القبول الذى يرسل فى الوقت المناسب ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب . فالقبول الثانى دون الأول هو الذى يرتب على عاتق الموجب، إذا انصرفت نيته إلى عدم الارتباط به ، الالتزام بأن يخطر الطرف الآخر فوراً بذلك ، فإذا تهاون فى الإخطار وأصبح التأخير بذلك منسوبا إلى خطئه ، فيعتبر أن القبول قد وصل فى الوقت المناسب» . ولما عرض النص على لجنة المراجعة قررت حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩ – ص ٥١) .

مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل» .

«٢ — ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد»[(١)] .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «إن الايجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر. وقد أخذ المشروع فى هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه فى الفترة التى تقع بين الإيجاب والقبول . وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد»[(٢)] .

ويتبين من هذا أن الموجب له ، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً (كما فى التعاقد بالتليفون أو بأى طريق مماثل) ، يجب عليه كمبدأ عام أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول . وهذا الوضع — وهو مأخوذ من القوانين الحديثة[(٣)]— يقتضى أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، وفى هذا من الضيق والحرج ما لا يخفى . فلطف القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائماً ما دام مجلس العقد لم ينفض . ومجلس العقد هو المكان الذى يضم المتعاقدين . وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادى للمكان، بل الملحوظ هو الوقت الذى يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر. فإذا اجتمع شخصان فى مجلس واحد، وأصدر أحدهما إيجاباً للآخر ، فليس من الضرورى أن يكون القبول فوراً ، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت، حتى إذا عقد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد (فيما عدا فروقا لفظية طفيفة) . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع أخذ بنظرية مجلس العقد فى الفقه الإسلامى على أن يكون مفهوما أنه لم يرد الإمعان فى وجهة النظر المادية التى نراها عادة فى كتب الفقه . فوافقت اللجنة على النص بعد تعديلات لفظية طفيفة، وأصبح رقم المادة ٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٦ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان من الممكن الاستغناء عن الفقرة الثانية من المادة فأجيب بالنفى لأن تلك الفقرة تعالج حكم القبول إذا صدر قبل ارفضاض مجلس العقد. وقد وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على المادة تحت رقم ٩٤ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩ — ص ٤٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢ .

(٣) أنظر المادة ٤ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ١٤٧ فقرة ١ من التقنين الألمانى .

العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحاً بشرطين : (الشرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد . فإذ انصرف أى منهما إلى شئ غيره اعتبر مجلس العقد قد انفض، وسقط الإيجاب . و (الشرط الثانى) أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه أثناء المدة التى يبقى فيها مجلس العقد قائماً .

ولا شك فى أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولا ، ولم تعد الفورية فى القبول لازمة ، بل يجوز فيه التراخى مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو فى نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامى فى مجلس العقد[(١)] .

(١) نحن هنا نأخذ بالمذهب الحنفي وهو المذهب الذى قصد القانون الجديد أن يستمد منه فى هذه المسألة. وقد اختلفت الحنفية مع الشافعية في ذلك . فالحنفية يرون كما قدمنا جواز القبول ولو تراخى عن الإيجاب ما دام قد صدر فى مجلس العقد . أما الشافعية فيشترطون الفور في القبول ، فإذا لم يصدر القبول فوراً سقط الإيجاب ولو لم يرجع فيه الموجب . ولكنهم فى الوقت ذاته يقولون بخيار المجلس، فيجوز للموجب له أن يرجع فى قبوله قبل انفضاض مجلس العقد . ومن ثم أصبح مذهب الشافعي، بفضل هذه الصياغة الفنية ، معقولا، وأصبح الفرق بينه وبين المذهب الحنفى محدود المدى من الناحية العملية . فالحنفية يقولون إن الموجب له يستطيع أن يؤخر قبوله إلى ما قبل انفضاض المجلس، والشافعية يقولون بل يجب أن يقبل فورا، ولكنه يستطيع الرجوع فى قبوله إلى ما قبل انفضاض المجلس . أما المذهب المالكى فيشترط الفورية كالمذهب الشافعى ، ويمنع خيار المجلس كالمذهب الحنفي، وهذا هو مذهب القوانين الحديثة . ولم يختره القانون الجديد لما ينطوى عليه من ضيق وحرج .

وننقل هنا ما جاء فى البدائع فى هذه المسألة : «وأما الذى يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس، بأن كان الإيجاب والقبول فى مجلس واحد. فإن اختلف المجلس لا ينعقد، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد ، لأن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر فى المجلس ، لأنه كلما وجد أحدهما انعدم الثانى من زمان وجوده ، فوجد الثانى والأول منعدم فلا ينتظم الركن ، إلا أن اعتبار ذلك يؤدى إلى انسداد باب البيع ، فتوقف أحد الشرطين على الآخر حكما ، وجعل المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة ، وحق الضرورة يصير مقضيا عند اتحاد المجلس، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه . وجه قوله ما ذكرنا من أن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور . ولنا أن ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل» (البدائع ٥ ص ١٣٧).

هذا التحليل الرائع هو الذى نقف عنده . ولا نجارى المذهب الحنفى بعد ذلك فى تصويره لمجلس العقد تصويراً مادياً ضيقاً يخرج به عن مقتضيات الحياة . وهذا بعض ما جاء فى البدائع فى صدد هذا التصوير الضيق : «وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو على دابة واحدة فى محمل واحد، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد ، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد، لأن المجلس تبدل بالمشي والسير وإن قل ... ولو تبايعاً وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس . ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعا ثم قبل لا ينعقد، لأنهما لما سار أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول ، فلم يجتمع الشطران فى مجلس واحد ... ... ولو تبايعا وهما فى سفينة ينعقد ، سواء كانت واقفة أو جارية ، خرج الشطران متصلين أو منفصلين ، بخلاف المشى على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملكم وقفها فلم يكن جريانها مضافاًإليه فلم يختلف المجس، فأشبه البيت . بخلاف المشى والسير. =

١١٠ – لا تحتيم في القبول : ومتى قام الإيجاب ولم ينقض الميعاد الذى يصح فيه القبول ، فإن الموجب له يكون بالخيار بين قبول الإيجاب أو رفضه ولا يتحتم عليه أن يقبل، وإلا قام العقد على الإيجاب وحده .

ومهما يكن من بداهة هذا الحكم ، فإن ظروفاً قد تجعل الموجب له ملزماً بالقبول. ويتحقق ذلك إذا كان هو الذى دعا الموجب إلى التعاقد معه . وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص في هذا المعنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه «يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة» (١) .

والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه، كالتجار في النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم. فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد، كانت الاستجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع . وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم العادل بما يأتي : «وليس هذا الأثر القانوني إلا نتيجة للحالة التي أنشأها صاحب الدعوة، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعماله . على أن الإساءة في هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص ، وهذه خصوصية تسترعى الانتباه. وقد تعمد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذى يترتب على الرفض التعسفي، فمثل هذا الرفض يرتب مسئولية لا شك فيها . فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا الجزء كافياً . ويجوز للقاضي في بعض الفروض أن يذهب إلى ما هو أبعد ، فيعتبر أن العقد

= إما المشي فظاهر لأنه فعله ، وكذا سير الدابة مضاف إليه ، ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت، فاختلف المجلس بسيرها» (البدائع ٥ ص ١٣٧) .

ونرى من ذلك أن فقهاء الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقي، ثم يقلبون المسألة على وجوهها المنطقية ، فيخلص لهم أنه إذا اختلف المجلس بالتنقل الاختيارى (المشي أو السير على الدابة) لا ينعقد البيع ، أما إذا اختلف بالتنقل غير الاختيارى (جريان السفينة) ينعقد . وفي هذا ذهاب بالمنطق إلى أبعد مدى، وفيه من الحرج في التعامل ما لا يخفى ، إذ يمتنع على شخصين يمشيان أو يسافران على دابة أو على غيرها من وسائل النقل أن يتعاقدا لاختلاف المجلس ، مع أنه لا يوجد ما يدعو إلى الوقوف عند الاتحاد الحقيقي للمجلس ، فيكفي الاتحاد الحكمي ، وقد أقر فقهاء الحقيقة هذا الاتحاد الحكمي في التنقل غير الاختيارى للضرورة ، والضرورة ذاتها هي التي تقضى علينا أن نكتفى بالاتحاد الحكمي في التنقل الاختيارى أيضاً . وقد أراد شارح المجلة الأستاذ سليم باز رفع الحرج في حالة يكثر وقوعها وهى السفر بالسكة الحديدية، فذكر في هذه المسألة ما يأتي : «أما لو تبايعا وهما في السفينة فإن يصح لكون السفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانها لأنهما لا يملكان إيقافها (طحطاوى عن النهر) ، قلت ومثل السفينة سكة الحديد» (شرح المجلة لسليم باز ص ٨٦) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ – ص ٤٦ .

تم على سبيل التعويض إذا كان في الظروف ما يوجب ذلك » (١) .

١١١ – كيف يطابق القبول الإيجاب : وإذا كان الموجب له لا يتحتم عليه القبول لى النحو الذى قدمناه ، إلا أنه إذا اختار أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب طابقة تامة ، وأن يكون متفقا كل الاتفاق مع الموجب في جميع المسائل التى تناول يجاب (1) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذا المعنى رؤيب حذفه كتفاء بتطبيق المبادئ العامة . فكانت المادة ١٣٧ من هذا المشروع تنص على أنه «لا يتم مقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن هذا العقد . أما الاتفاق ى بعض هذه المسائل فلا يكفى لالتزام الطرفين ، حتى لو أثبت هذا الاتفاق في ورقة تتوبة (٢) (2) .

) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش . وقد جاء أيضا في المذكرة الإيضاحية في صدد النشرات والإعلانات التي يوجهها التجار إلى الجمهور ما يأتي : « وقد تقدم في الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر في الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب . فليس ينصرف حكم النص في الصورة التي يواجهها إلى الإيجاب النهائي الملزم الذى ينقلب إلى ارتباط تعاقدى متى اقترن به القبول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب . والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجاباً نهائيا ملزما، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع» ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش) .

) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦ . أنظر أيضاً نحكمة استئناف أسيوط في ٣ يونى سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٢٧٣ ص ٨٠٥ .

) أ – ان تلاقى الإيجاب والقبول واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغاً .

(جلسة ١٩٨٤/٢/٩ الطعن ١٠٨١ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٨٤/١١/١٦ الطعن ٣١٠٣ لسنة ٥٨ ق س ٤٥ ص ١٣٨٣)

(جلسة ١٩٩٦/٥/٨ الطعن ٢٢٥٦ لسنة ٦٥ ق س ٤٧ ص ٧٤٨)

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعنان ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق س ٤٨ ص ٩٥٢)

ب – تقديم الطاعن عطاء متضمن شرطا بتحديد مدة العقد بسنة واحدة لا تقبل الزيادة إلا باتفاق جديد. قبول الشركة المطعون ضدها هذا الايجاب باصدار أمر توريد متضمنا تعديل مدة العقد بتقرير حقها في وقف التوريد دون أن يكون للطاعن حق الرجوع عليها اعتبار هذا القبول رفضا يتضمن ايجابا جديدا انتهاء الحكم المطعون فيه إلى قيام التعاقد بين الطرفين وبقاؤه بمسئولية الطاعن عن عدم تنفيذه رغم رفض الأخير للإيجاب الجديد. مخالف للثابت بالأوراق ومخالفة القانون .

(جلسة ٢٠٠١/١/٢٣ الطعنان رقما ١٦٩٦ ، ١٨٦٥ لسنة ٧٠ ق) .

(2) إذا اتفق طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد. ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم وإذا قام بينهما خلاف على المسائل التى أرجئ الاتفاق عليها كان لهما أن يلجأ إلى المحكمة للفصل فيه .

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٠ ق س ١٨ ص ٢١٥)

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦ الطعن ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق س ٣٥ ص ١٩٢٠)

(جلسة ١٩٩٤/٦/١٥ الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٩ ق س ٤٥ ص ٩٩٨)

على أنه ليس من الضرورى لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة مسألة. فقد نصت المادة ٩٥ من القانون الجديد على ما يأتى : «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، أعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة» (١) . والذى يسترعى النظر فى الحالة التى جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حددا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلا للاتفاق فيما بعد، وبالرغم من أنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك ، إلا أن العقد يعتبر قد تم . والذى يبرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية فى العقد ، وأن القانون قد افترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل ، ما دام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . فتفسيراً لنية المتعاقدين على هذا الوجه المعقول أباح القانون للقاضى أن يقضى فيما اختلفا فيه طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . وهذا أيضاً أمر يسترعى النظر ، فإن مهمة القاضى فى هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه ، فهو إذن يساهم فى صنع العقد (٢) . ويوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة ما دام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن نفرض أيضاً أنهما أرادا أن يحل القاضى محلهما ليبت فيما اختلفا فيه ، لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل . فإذا اتفق المؤجر والمستأجر مثلا على المسائل الجوهرية فى عقد الإيجار، فتراضيا على العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية ، واختلفا فيمن يتحمل ضريبة الخفر أو أجرة البواب أو اشتراك المياه ، وهى عادة مبالغ زهيدة ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم إلا إذا اتفقا أيضاً على هذه المسألة التفصيلية ، كان من المستساغ أن يفترض

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد مع بعض فروق لفظية . ولما تلى فى لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق فى بعض الأحوال، فلا يحسن تركه لتقدير القاضى خشية التحكم، ودارت مناقشة طويلة حول هذه المسألة ، واستقر الرأى على إبقاء المادة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل، ثم وافق عليها كل من لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ – ٤٩) .

انظر أيضاً المادة ٢ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٦١ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات البولونى.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وفى هذه الحالة يتولى القاضى أمر الفصل فى المسائل التفصيلية التى أرجئ الاتفاق عليها ما لم يتراض العاقدان بشأنها. وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى ، فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين ، بل يستكمل ما نقص منها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦) .

القانون أن المتعاقدين قد أرادا إبرام عقد الإيجار وأنهما تركا للقاضى أن يبت فى هذه المسألة غير الجوهرية طبقاً للعرف إذا لم يستطيعا هما أن يصلا فيها إلى اتفاق . فالأمر إذن لا يعدو أن يكون تفسيراً لنية المتعاقدين ، بحيث لو قام دليل على أن نيتهما لم تنصرف إلى ذلك ، وأنهما لم يقصدا إبرام العقد إلا بعد الاتفاق الكامل حتى على هذه المسائل التفصيلية ، لوجب استبعاد النص ، ولتحتم على القاضى أن يقضى بأن عقد الإيجار لم يبرم ما دام أن المتعاقدين لم يتفقا على جميع المسائل التى تناولاها ، جوهرية كانت أو تفصيلية(١) .

فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذى قدمناه . أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا ، فإن العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفا تدفع فوراً ، وقبل المشترى أن يدفع الألف على أن يزيد البائع فى المبيع ، أو قبل أن يدفع فى المبيع وحده ثمانمائة، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط ، لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشترى . وهذا الحكم هو الذى تنص عليه المادة ٩٦ من القانون الجديد إذ تقضى بما يأتى : «إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً»(٢)(1) .

(١) يؤيد ذلك ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ومهما يكن من أمر ، فينبغى التنويه بأن هذه الأحكام لا تعدو أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . فإذا تعارض هذا التفسير مع ما أراده المتعاقدان ، بأن اشترطا صراحة أو ضمناً أن يكون العقد باطلا عند عدم الاتفاق على المسائل التى احتفظ بها ، وجب احترام هذه الإرادة ، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٤١ من المشروع التمهيدى ، وكانت هذه المادة تشتمل على فقرتين ، حذفت الفقرة الأولى منهما فى المشروع النهائى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سبقت الإشارة إلى ذلك . أما الفقرة الثانية فجاءت مطابقة للنص الذى ورد فى القانون الجديد. وقد وافقت عليها لجنة المراجعة ومجلس النواب ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل، وأصبحت المادة ٩٦ فى القانون الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩ – ص ٥١) .

وانظر فى هذه المسألة المادة ١٥٠ من القانون الألمانى ، وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ ، جازيت ١٢ ص ٢٨٥ .

(1) يجب لتمام الاتفاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقاً للايجاب أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استندت فيما قررته من انتفاء حصول الاتفاق على الفسخ لعدم مطابقة الإيجاب بالفسخ للقبول إلى ما استخلصته استخلاصا سائغا من العبارات المتبادلة بين طرفى الخصومة فى مجلس القضاء وكان لا رقابة فى ذلك لمحكمة النقض إذ أن استخلاص حصول الاتفاق على الفسخ من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون".

(جلسة ١٩٦٥/١١/٩ الطعن ٣٥٤ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٩٨٦)

(جلسة ١٩٦٣/٥/٢ الطعن ١٤٢ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٦٥٣) .

جـ – حالات خاصة فى القبول

الحالة الأولى – مجرد السكوت قد يكون قبولا * :

١١٢ – المبدأ العام : لا محل للكلام فى السكوت باعتباره معبراً عن الإيجاب ، فإنه لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجاباً . ولكن هل يجوز أن يكون قبولا ؟

يمكن القول بوجه عام إن السكوت فى ذاته « مجرداً عن أى ظرف ملابس له ، لا يكون تعبيراً عن الأرادة ولو قبولا ، لأن الإرادة عمل إيجابى والسكوت شئ سلبى ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية : « لا ينسب لساكت قول » . وليس السكوت إرادة ضمنية ، فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها كما سبق القول . أما السكوت فهو العدم[١] ، وأولى بالعدم أن تكون دلالته الرفض لا القبول . وهذا هو المبدأ العام ، يقول به الفقه والقضاء فى مصر وفى غيرها من البلاد[٢] (1) .

---

* بعد المراجع : بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٠٨ – ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٨٥ وما بعدها و ٢ فقرة ٥٥٦ – فاليرى فى العقد بالمراسلة فقرة ٢١ وما بعدها وتعليقاته فى داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٣٤٥ و ١٩٠٨ –٢ – ١٠ و ١٩١٣ – ١ – ٢٨١ – جيز فى نظرية العمل السلبى (مجلة القانون العام ١٩٠٥ ص ٧٦٤) – بارولت فى السكوت باعتباره منشئاً للالتزامات ديجون ١٩١٢ – كوهن فى العقد بالمراسلة باريس ١٩٢١، ص ١٠٣ وما بعدها – ليفى ديجون ١٩٢٧ – كوهين (Cohin) فى العمل السلبى الخاطئ باريس ١٩٢٩ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ – بودرى وبارد ١ فقرة ٤٤ – فقرة ٤٨ – بنكاز تكملة بودرى ٢ فقرة ٣٩٥ – والتون ١ ص ١٩٧ – ص ١٩٩ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٦٠ – فقرة ١٦٦ – الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٥٤ – الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٨٨ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ينبغى التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمنى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون التعبير الضمنى بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً ، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز فى بعض الفروض الاستثنائية أن يعتبر قبولاً » (مجموع الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧) .

(1) يجب لتمام الاتفاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقا للايجاب أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استندت فيما قررته من انتفاء حصول الاتفاق على الفسخ لعدم مطابقة الايجاب بالفسخ للقبول إلى ما استخلصته استخلاصا سائغاً من العبارات المتبادلة بين طرفى الخصومة فى مجلس القضاء وكان لا رقابة فى ذلك لمحكمة النقض إذ أن استخلاص حصول الاتفاق على الفسخ من عدمه هو مما تستقل به محكمة الموضوع فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٦٥/١١/٩ الطعن ٣٥٤ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٩٨٦)

(جلسة ١٩٦٣/٥/٢ الطعن ١٤٢ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٦٥٣)

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية فى مصنعه لا يعد قبولا أو ترخيصاً من جانبها حتى لو تأخرت الحكومة عن الرد فى الميعاد القانونى وحتى لو حصل صاحب المصنع على تصريحات شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستعطيه الترخيص المطلوب (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٣) . وكذلك قضت محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة فى دائرتها التجارية بأن سكوت المشترى أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد =

١١٣ – الاستثناء : على أن هذا المبدأ العام يقيد منه استثناءات أقرها القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، وأكدها القانون الجديد فى نص صريح ، فقضت المادة ٩٨ بما يأتى :

« ١ – إذا كان طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب » .

« ٢ – ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه »[١] .

فالاستثناء إذن هو أن يعتبر السكوت قبولا إذا أحاطت به ظروف ملابسة من

= على عرض يعرضه البائع ويشترط فيه شرطاً فى صفقة طلت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشترى مدة أسابيع عديدة لا يعتبر رضاء من المشترى ، بل يجب أن يكون رضاؤه واضحاً جلياً بعد هذه المفاوضات الطويلة (٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ١٨٧ رقم ٢٧٦) . وقضت المحاكم الفرنسية بأن مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبره فيه مرسله مساهما فى شركة معينة ويخبره فيه أنه سجل فى حسابه قيمة الأسهم التى احتسبها عليه ، لا يعتبر قبولا بالاكتتاب فى الأسهم المذكورة (نقض فرنسى فى ٢٥ مايو سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠ – ١ – ٢٥٧ وفى ١٨ أغسطس سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ –٢٠٧) ، وبأن الناشر الذى يرسل لشخص دون سابق اتفاق مجلة دورية لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك فى هذه المجلة ما دام لم يصدر منه قبول بذلك ، ولا يعتبر قبولا مجرد امتناع هذا الشخص عن رد المجلة حتى لو ذكر فى المجلة أن عدم الرد يعد قبولا بالاشتراك (محكمة السين الابتدائية فى ١٩ أبريل سنة ١٨٩٣ جازيت دى باليه ٩٣ – ٢ – ١٦٢ – محكمة دويه الاستئنافية فى ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ – ٢ – ١٥٥) . ويلاحظ أن من يتلقى المجلة ويسكت ، إذا كان سكوته لا يعد قبول ، فإن قبوله قد يستخلص ضمناً من أعمال مادية إيجابية يقوم بها ، كأن يواظب على تسلم المجلة وقراءتها بانتظام (انظر دى هلتس ١ لفظ (eonvention) فقرة ٦) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة وردت فى المشروع التمهيدى عل بالوجه الوارد فى القانون الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة وردت فى المشروع التمهيدى فى آخر الفقرة الثانية نصها كالآتى : « ويكون كذلك سكوت المشترى بعد أن يتسلم البضائع التى اشتراها قبولا لما ورد فى (الفاتورة) من شروط » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد إدخال تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ١٠٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على الجزء الأخير من الفقرة الثانية « ويكون كذلك سكوت المشترى الخ الخ » . وبعد المناقشة قررت اللجنة بقاء المادة مع حذف هذا الجزء الأخير لأنه يواجه تطبيقاً يحسن أن يترك فيه التقدير للقضاء فى كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦ – ص ٦٤) .

وانظر فيما يقابل هذا النص المادة ٦ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٨٠ من قانون الالتزامات اللبنانى .

شأنها أن تجعله يدل على الرضاء [1] . هذه الظروف الملابسة ضرب لها القانون الجديد الأمثلة الآتية :

(١) إذا كان العرف التجارى الذى جرى عليه العمل يقضى بأن السكوت يدل على الرضاء [2] ، كما إذا أرسل المصرف بياناً لعميله عن حسابه فى المصرف ، وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له [3] ، أو كانت طبيعة المعاملة تقضى بذلك، كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف فى «الفاتورة» شروطاً مستجدة سكت عنها المشترى ولم يبادر إلى رفضها [4] .

(٢) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كما إذا اعتاد استيراد البضائع التى يريدها من تاجر بالكتابة إليه فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكتاً كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاء وأن التاجر سيرسل له ما طلب كما عوده [5] . وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيستخلص السكوت قبولا إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق ، أو معدلا له ، أو فاسخاً [6] .

---

(١) ويجوز أ يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة إلى إتمام العقد فحسب ، بل وكذلك بالنسبة إلى إلغائه أو الإقالة منه (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يلى : «ويجوز أن يجعل عرف التجارة للسكوت شأن القبول . وتفريعاعلى ذلك قضى بأنه لا تجوز المنازعة فى بيع يعتبر فى عرف السوق تاما ، وفقاً للشروط المدونة فى بطاقة أو مذكرة لم يردها العاقد من فوره ، متى كان هذا العرف يفرض على من يطلب نقض البيع بعد فوات الوقت أن يقيم الدليل على عدم انعقاد العقد، وهو دليل لا يسوغ للعاقد أن يستخلصه من إهماله أو خطئه الشخصى (استئناف مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢)» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩) .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ - ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ - ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١١ - ويلاحظ أن الأحكام السابقة إذا اعتبرت السكوت موافقة على الحساب المقدم ، فإنها تستثنى حالة الغلط فى الحساب والحذف والإضافة والتزوير وما إلى ذلك ، فمثل هذا يصحح .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) - نقض فرنسى فى ١١ يوليه سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ - ١ - ١١٧ - وفى ١٥ يوليه سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٦٢ .

(٥) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٠ - ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٦ .

(٦) مثل استكمال تنفيذ العقد مشتر لآلات ميكانيكية استنفد الأجل المضروب لفحص هذه الآلات وطلب أجلا جديداً لفحص تكميلى كان متوقعاً فى عقد البيع ، فله أن يعتبر سكوت البائع رضاء بمنحه هذا الأجل الجديد (نقض فرنسى فى ٧ مارس سنة ١٩٠٥ سيرى ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٧) . ومثل تعديل العقد ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا عدل البائع من شروط البيع فلم يضرب للتسليم أجلا محدداً بل جعله فى أقرب ميعاد مستطاع ، وسكت المشترى على ذلك ، فسكوته يعتبر رضاء =

(٣) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه وسكت هذا ، فيعتبر سكوته رضاء ، كالهبة التى لاتشترط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت ، وكعارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت [1] .

وليس فيما تقدم إلا أمثلة لم ترد على سبيل الحصر ، فكل سكوت تلازمه ملابسات تدل على الرضاء فهو «سكوت ملابس» [2] (silence circonstancié) ، ويعتبر قبولا ، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فإن سكوته أجازة ، وكالمالك الحقيقى فى بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقرارا للبيع . فى كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعرض لتكلم ، ولكنه سكت فى معرض الحاجة إلى الكلام، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضاً : «السكوت فى معرض الحاجة بيان» .

الحالة الثانية – تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :

١١٤ – يعتبر القضاء المصرى أن التنفيذ الاختيارى للإيجاب يقوم مقام القبول، فيتم

= بهذا التعديل (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٣٨ ص ٥٦) . ومثل فسخ العقد أن شخصاً أوصى بكميات كبيرة من الفحم من انجلترا ، ثم نشبت الحرب، فأخبره المصنع أنه يستحيل عليه إرسال ما يطلب بعد أن منعت الحكومة الإنجليزية تصدير الفحم ، فسكت ، ثم عاد بعد ذلك يطالب المصنع بتنفيذ تعهده . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه بصرف النظر عما إذا كان التزام المصنع أصبح تنفيذه مستحيلا بقوة قاهرة ، فإن سكوت المشترى قد جعل المصنع على حق فى اعتقاده بفسخ العقد (١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشخص الذى يصدر منه إيجاب بضمان آخر يريد استئجار عين من الحكومة يعد مقيداً بهذا الضمان بمجرد رسو المزاد على من كفله دون حاجة لقبول الكفالة من جانب الحكومة ، إذ السكوت فى هذه الحالة يعتبر قبولا (١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً، وإنما يجوز فى بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولا. وقد تناول النص هذه الفروض ، ونقل بشأنها عن تقنين الالتزامات السويسرى ضابطاً مرناً يهيئ للقاضى أداة عملية للتوجيه قوامها عنصران : أولهما التثبت من عدم توقع أى قبول صريح، وهذه الواقعة قد تستخلص منه طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وسننها أو من ظروف الحال . والثانى التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة ... ويراعى ... أن انقضاء الميعاد المعقول أو المناسب هو الذى يحدد وقت تحقق السكوت النهائى الذى يعدل القبول ويكون له حكمه ، وفى هذا الوقت يتم العقد . أما فيما يتعلق بمكان الانعقاد فيعتبر التعاقد قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول فى هذا المكان . ولم تعرض التقنينات اللاتينية، فيما عدا استثناءات خاصة ، لقيمة السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة . بيد أن التقنيات الجرمانية وغيرها من التقنينات التى تأثرت بها تورد على النقيض من ذلك أحكاماً وافية فى هذا الشأن . ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها فى النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إفصاحا أو تعبيراً عن الإرادة . أما السكوت «الموصوف وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام فلا يثير إشكالاً ما ، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه . وليس يبقى بعد ذلك سوى «السكوت الملابس» وهو ما تلابسه ظروف يحمل معها محمل الإرادة ، فهو وحده الذى يواجهه النص ، محتذياً فى ذلك حذو أحدث التقنينات وأرقاها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧ - ص ٥٨) .

العقد به ، ويعتبر قبولا ضمنياً [١]. أما الزمان والمكان اللذان يتم فيهما العقد فيتبع فى شأن تحديدهما القواعد العامة إذ لا يوجد نص خاص فى ذلك . وتقضى القواعد العامة – على ما سنرى – أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختيارى وفى المكان الذى علم فيه ذلك (م ٩٧) ، ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتاً أو مكاناً آخر ، كأن يتضح من إرادة الموجب أنه قصد أن يتم العقد من وقت التنفيذ وفى مكانه فيقوم الموجب له بالتنفيذ وفقاً لهذه الإرادة .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذه المسألة ، فكانت المادة ١٤٣ من هذا المشروع تقضى بأنه «إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فإن العقد يعتبر قد تم في الزمان وفى المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ . ويجب فى هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ» . ولكن هذا النص حذف فى المشروع النهائى ، حذفته لجنة المراجعة لأنه «من التفصيلات التى لا ضرورة لها» [٢]. على أن لنص لو استبقى لبقى وقت تمام العقد ومكانه محددين بحصول التنفيذ لا بعلم الموجب به متى اتضح ذلك ، لا من إرادة الموجب فحسب ، بل أيضا من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف ، ولوجب على الموجب له أن يبادر بإخطار الموجب ببدء التنفيذ ، ولا يكون هذا الإخطار إلا إبلاغاً للقبول الضمنى الذى صدر منذ أن وقع البدء بالتنفيذ [٣].

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تنفيذ أحد العاقدين لاتفاق رغم وجود بعض مآخذ كان بوسعه أن يتمسك بها قبل التنفيذ يحول دون طلب القضاء بإبطال هذا الاتفاق أو تعديل شروطه فيما بعد (٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه يجوز أن يستفاد الرضاء من القيام بعمل من أعمال التنفيذ لا سبيل معه إلى الشك فى انصراف نية العاقد الذى لم يوقع العقد إلى القبول (٦ يونية سنة ١٩١٦ جازيت ٧ ص ١٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن خير طريقة لتفسير العقد تستخلص من التنفيذ الذى ارتضاه العاقدان (١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣ – ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢م ٢٤ ص ١٨٢) . وقضت أيضا بأن شركة المياه التى تعاقدت مع مشترك على توريد المياه له على أساس الربط الجزاف لا يجوز لها أ تلزمه بدفع ثمن ما يستهلكه على أساس ما يحتسبه العداد ما لم تقم الدليل على أنها ألغت التعاقد على أساس الربط الجزاف (٢١ مارس سنة ٩١٧ م ٢٩ ص ٣١٠ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٧) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦ – ص ٥٧.. وانظر المادة ٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «يتناول هذا النص حالة تقرب من حالة السكوت . إلا إن التنفيذ الاختيارى الذى يكون متقدما على الرد يدخل فى نطاق القبول الضمنى . ويراعى أن الأخطار ببدء التنفيذ ليس إلا إبلاغا للقبول الضمنى الذى صدر منذ أن حدث البدء في التنفيذ . فهذا الحادث هو الذى يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد دون حاجة إلى انتظار علم الموجب بذلك . وقد استثنيت هذه الحالة كما استثنيت حالة السكوت من حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاما فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦ – ص ٥٧ فى الهامش) . ويلاحظ أنه أشير فى المذكرة الإيضاحية إلى استثناء حالة السكوت أيضاً من حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاماً فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا يحتاج إلى تفصيل . فقد رأينا =

الحالة الثالثة – القبول فى عقود المزاد :

١١٥ – هناك عقود تتم فى بعض الأحيان لا من طريق الممارسة ، بل من طريق المزايدة. وأهم هذه العقود البيع والإيجار . فالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد . وكذلك البيوع التى تجريها المحاكم الحسبية . وقد يقع البيع الاختيارى كذلك بطريق المزاد إذا اختار البائع هذا الطريق . وكثيراً ما تؤجر الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضى وعقارات بطريق المزاد . ويعنينا فى العقود التى تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول . فقد يظن أن طرح الصفقة فى المزاد هو الإيجاب ، والتقدم بالعطاء «القبول. وليس هذا صحيحاً . فإن طرح الصفقة فى المزاد لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء ، والتقدم بعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد [1] ، ويكون هو إرساء المزاد عل يمن يرسو عليه . وهذا هو الذى جرى عليه القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء إيجاباً لا قبولا ، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزاد [١].

= فيما قدمناه فى موضوع آخر من المذكرة الإيضاحية أن هذا الاستثناء لا يقوم إلا فى تحديد الزمان. أما تحديد المكان فتجرى عليه القاعدة العامة ، ويعتبر التعاقد عن طريق السكوت قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول فى هذا المكان . على أن الاستثناء بالنسبة إلى زمان العقد ليس إلا استثناء ظاهرياً، إذ أن السكوت إذا اعتبر قبولا يكون صدوره والعلم به حاصلين فى وقت واحد ، فلا فرق بين نظريتى الإعلان والعلم فى هذا الخصوص .

(1) مفاد المادة ٩٩ من القانون المدنى أن افتتاح المزايدة ولو على أساس سعر معين لا يعتبر ايجابا وإنما الإيجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء ، أما القبول فلا يتم إلا بارساء المزاد
(جلسة ١٩٦٤/١/٩ الطعن ١١٢ لسنة ٢٨ ق س ١٥ ص ٦٨)
(جلسة ١٩٨٣/٣/١٠ الطعن ٣٥٠ لسنة ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٥٦)
(جلسة ١٩٨٥/١/٧ الطعن ١٠٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٦ ص ٨٤)

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العطاء الذى يتقدم به شخص فى بيع يجرى بالمزاد العلنى أمام المجلس الحسبى ، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس ، يعتبر إيجاباً يجب أن يتعلق به قبول المجلس، ويجوز على ذلك الرجوع فيه قبل القبول (٩ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ مص ٢٨١) . وقد يشترط من يطرح الصفقة فى المزاد صراحة أن له الخيار بلا قيد فى قبول أى عطاء أو رفضه ، فيكون الشرط صحيحاً . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عرضت فى المزاد أرض لتأجيرها على مقتضى شروط واردة بقائمة المزاد تتضمن أن لصاحب الأرض الخيار بلا قيد فى قبول أو رفض أى عطاء، فإن تقديم العطاء ، ومجرد قبول المالك لجزء من التأمين النقدى وتحريره إيصالا عنه لم ينص فيه إلا على أن صاحب العطاء ملتزم بدفع باقى التأمين فى أجل حدده بكتابة منه على القائمة ولم يشر فيه بشئ إلى حقوق صاحب الأرض الواردة فى قائمة المزاد ، بل بالعكس أشر على القائمة فى يوم حصول المزاد الذى حرر فيه الإيصال بأن المالك لا يزال محتفظاً بحقه فى قبول أو رفض العطاء – كل ذلك لا يفيد تمام عقد الإيجار بين الطرفين ، ولا يمنع المالك من أن يستعمل حقه فى قبول العطاء أو عدم قبوله فى أى وقت شاء حتى بعد انصراف صاحبه . فإذا هو فعل ذلك فى نفس اليوم فقبل عطاء آخر بأجرة أكثر وحرر بالفعل عقد الإيجار بعد أن دون هذا العطاء الآخر فى القائمة قبل إقفال المزاد، كان هذا هو العقد التام اللازم (نقض مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر٢ رقم ١٤٩ ص ٤٤٣) . =

وأكد هذا المبدأ القانون الجديد بنص صريح . فقضت المادة ٩٩ بما يأتي : «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا» [١] .

= أما إذا أرسى من طرح الصفقة المزاد على من رسا عليه ، فقد تم العقد ولا يجوز للراسي عليه المزاد الرجوع فيه بعد ذلك . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه ما دام قد ثبت بمحاضر جلسة المجلس الحسبي أن الراسي عليه المزاد قبل الشراء بثمن معين ، ووافق المجلس الحسبي على هذا الثمن وقرر إيقاع البيع ، وما دام الإيجاب والقبول قد وقعا ممن يملكون التعاقد وحصل الاتفاق على المبيع والثمن ، فيكون البيع قد تم ، ولا عبرة بتحرير العقد لأنه العقد ليس إلا السند الكتابي للبيع ، وليس للراسي عليه المزاد أن يرجع بعد ذلك في العقد من تلقاء نفسه ، لأنه لا يملك الرجوع بغير إرادة الطرف الآخر (١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣١٧ ص ٣٧٢) .

وقد يقدم شخص عطاء يكون عرضاً مستجداً ومستقلاً عن شروط المناقصة ، فإذا قبله من طرح الصفقة في المناقصة تم العقد بينهما ، ولا يجوز الرجوع فيه بعد ذلك (أنظر في هذا المعنى : نقض مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٨ ص ٦٩٩) .

ويلاحظ في كل ما قدمناه أن هذا هو القضاء المصري في ظل القانون القديم ، حيث كان الإيجاب غير ملزم ويجوز الرجوع فيه ما دام أنه لم يقترن بالقبول . أما في ظل القانون الجديد حيث الإيجاب ملزم إذا اقترن بأجل ولو ضمني ، فقد قدمنا أن صاحب العطاء لا يجوز له الرجوع في عطائه بعد أن يصل العطاء إلى علم من وجه له ، لأن العطاء يعتبر إيجاباً ملزماً إذ هو قد اقترن بأجل ضمني هو فض المظاريف وإرساء العطاء على من يرسو عليه .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١١٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ، أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد» . ولما تلي النص في لجنة المراجعة ، أضافت اللجنة عبارة «ولو كان باطلا» بعد عبارة «عطاء يزيد عليه» ، وأصبح رقم المادة ١٠١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠١ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في حكم المزايدات التي يشترط في إعلانها أن لصاحب الشأن الحق في رفض أو قبول أي عطاء يقدم فيها ، فقيل إن إرساء المزاد لا يتم إلا باستعمال حق الخيار المشروط في الإعلان ، وفي حكم المزايدات الحكومية التي تحتاج إلى تصديق طبقاً للقواعد المالية ، فقيل إنه لا يمكن إرساء المزاد إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه . وسأل أحد الأعضاء كيف يكون العطاء باطلا ، فأجيب . بإمكان تحقق ذلك فيما لو كان صاحب العطاء قاصراً أو معتوهاً . ثم وافقت اللجنة على المادة مع حذف عبارة «أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد» ، وقد راعت في ذلك أن الإرساء هو الذي يتم به العقد ، فإيراد هذه العبارة يكون مجرد تزيد قد يحمل على محمل آخر . وأصبح رقم المادة ٩٩ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤ — ص ٦٧) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات ، وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التي تجرى بطريق المزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فافتتاح المزايدة على الثمن ليس في منطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد . وقد أعرض المشروع عن المذهب الذي يرى في افتتاح المزايدة على الثمن إيجاباً وفي التقدم بالعطاء قبولا . ويراعى أن العطاء الذي تلحق به صفة القبول ، وفقاً لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلا أو قابلا للبطلان ، بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فما دام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد . أما الميعاد في هذا الفرض فيحدد انقضاء من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينقضي بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤ — ص ٦٥) . =

والعطاء يكون باطلا إذا صدر مثلا من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزاد ، كقاض يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه . ويكون قابلا للإبطال إذا صدر مثلا من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء في الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذى تقدمه .

الحالة الرابعة – القبول في عقود الاذعان * :

١١٦ – دائرة عقود الاذعان : قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع . ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شئ لا غناء عنه ، فهو مضطر إلى القبول . فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه . ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان [١] . هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية .

ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية:

(١) تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين .

= نضيف إليما تقدم أن العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق ، لا باعتباره تصرفاً قانونياً بل باعتباره واقعة مادية . ولا يمنع العطاء اللاحق أن يكون واقعة مادية أنه وقع باطلا كتصرف قانوني .

* **بعض المراجع** : سالي في إعلان الإرادة ص ٢٢٩ وما بعدها – ديجيه في تطورات القانون الخاص ٢ ١٢١ – الدولة والقانون الموضوعي والقانون الوضعي في ٥٥ – هوريو في مبادئ القانون العام ص ٢٠٧ – ريبير في القاعدة الخلقية في الالتزامات ص ٥٥ وما بعدها – بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ١٢٢ وما بعدها – ديموج في الالتزامات ٢ ص ٦١٦ وما بعدها – موران (Morin) في القانون والعقد سنة ١٩٢٧ ص ٣٦ وما بعدها – ديريه (Dereux) في تفسير الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٠٥ ص ١٥٢ وص ٢١٠ – جونو (Gounot) في مبدأ سلطان الإرادة ديجون سنة ١٩٠٩ ص ٢٢٧ وما بعدها – دولا (Dollat) باريس سنة ١٩٠٥ – فورتييه (Fortier) ديجون سنة ١٩٠٩ – بيشون (Pichon) ليون سنة ١٩١٣ – سارا ريمي (Sarat-Rémy) في مراجعة الشروط التعسفية في عقود الإذعان باريس سنة ١٩٢٨ – ميسول (Missol) في عقد التأمين كمعقد من عقود الإذعان باريس سنة ١٩٣٤ – ساليه (Sallé) في التطور الفني للعقد باريس سنة ١٩٣٠ ص ١١ وما بعدها جوسران في مجموعة دراسات جيني جزء ٢ ص ٣٣٣ – وفي مجموعة دراسات لامبير جزء ٣ ص ١٤٣ – ومقال في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٣٧ ص ٢١ – نظرية العقد للمؤلف ص ٢٧٩ – ص ٢٨٨ – الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ٢٢٢ – ص ٢٢٦ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٢ – ص ٨٥ – الدكتور محمد عبدالله العربي في الإكراه الاقتصادي ليون سنة ١٩٢٤ – الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة في عقود الإذعان في القانون المصري القاهرة سنة ١٩٤٦ .

(١) ويسمي الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام (contrats d'adhésion) ، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه . وهذه تسمية ابتدعها الأستاذ سالي في كتابه الإعلان عن الإرادة (ص ٢٢٩ – ص ٢٣٠) . وقد آثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان ، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول . وقد صادفت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من فقه وقضاء ، وانتقلت إلى التشريع الجديد .

(٢) احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق . (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محددة . ويغلب أن يكون فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهى تارة تخفف من مسئوليته التعاقدية أخرى تشدد فى مسئولية الطرف الآخر ، وهى فى مجموعها من التعقيد بحيث يغم فهمها على أوساط الناس .

وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتليفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطيارات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل فى الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل فى دائرة عقود الإذعان[1] . ومن ثم نرى أن القبول فى هذه العقود هو كما قدمنا إذعان . فالموجب يعرض إيجابه فى شكل بات نهائى لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذا لا غنى له عن التعاقد، فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق التراسل ولابد له من التنقل والسفر فى بعض الأحايين ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده . وقد نصت المادة ١٠٠ من القانون الجديد على هذا المعنى فى العبارات الآتية : «القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها»[1] .

---

(1) متى ثبت أن الروابط بين الطرفين يحكمها قرار إدارى فإنه لا يجوز التحلل من أحكامه بدعوى أنها جائزة وأن قبول الطاعنه لها تم بطريق الإذعان ، إذ أن الاستثناء الوارد بالمادة ١٤٩ من القانون المدنى فى شأن عقود الإذعان خاص بالعقود المدنية ولا يسرى على القرارات الإدارية .

(جلسة ١٩٦٢/١/٤ الطعن ٤٨٤ لسنة ٢٥ ق س ١٣ ص ٢٦)

(جلسة ١٩٧٤/٣/١٢ الطعنان ٣٩٦ ، ٣٩٨ لسنة ٣٧ ق س ٢٥ ص ٤٩٢).

(جلسة ١٩٨٩/٣/٢٦ الطعن ١٥٥٦ لسنة ٥٦ ق س ٤٠ ص ٨٤٠)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «القبول فى عقود الإذعان يكون مقصوراً على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها» . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٠٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. ووافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ — ص ٧١) . وانظر المادة ١٧٢ الفقرة الثانية من قانون الالتزامات اللبنانى .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «من حق عقود الإذعان ، وهى ثمرة التطور الاقتصادى فى العهد الحاضر، أن يفرد لها مكان فى تقنين يتطلب إلى مسايرة التقدم الاجتماعى الذى أسفرت عنه الظروف الاقتصادية . وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت ، فى رأى بعض الفقهاء ، سمة بارزة من سمات التطور العميق الذى أصاب النظرية التقليدية للعقد . على أن المشروع لم ير مجاراة هذا الرأى إلى غايته، بل اجتزأ بذكر هذه العقود، واعتبر تسليم =

١١٧ – طبيعة عقود الاذعان : وقد انقسم الفقهاء فى طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين . فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

أما الفريق الأول – وعلى رأسهم الأستاذ سالى وتابعه فى ذلك فقهاء القانون العام مثل ديجيه وهوريو – فينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار ، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ . فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ، فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، ويراعى فى تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية ، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التى وضع لتنظيمها . ويرى الأستاذ ديموج ، ويتفق فى هذا مع فقهاء القانون العام ، أن عقد الإذعان هو مركز قانونى منظم (institution) يجب أن يعنى فى تطبيقه بصالح العمل أولا، ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفى العقد .

ويرى الفريق الثانى – وهم غالبية فقهاء القانون المدنى – أن عقد الإذعان عقد حقيقى يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر ، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقى ، ولا بتمكين القاضى من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع – لا القاضى – لينظم عقود الإذعان.

١١٨ – حكم عقود الاذعان فى القانون القديم والجديد : وقد كانت الحماية فى مصر، فى ظل القانون القديم ، حماية قضائية . فكان القضاء من جهة يعتبر عقود الإذعان

= العاقد بالشروط المقررة فيها ضرباً من ضروب القبول . فثمة قبول حقيقى تتوافر به حقيقة التعاقد. ومع ذلك فليس ينبغى عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ فى إذعان العاقد، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة . ويقتضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختلف عن القواعد التى تسرى على عقود التراضى . وقد أفرد المشروع لهذه القاعدة نصاً خاصاً بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها . وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين . والثانى احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من عقود الإذعان تلك العقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات ، أو مع شركات التأمين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢ ٦٨ — ص ٦٩) .

عقوداً حقيقية واجبة الاحترام [(١)]، فيحترم الشروط المطبوعة في عقد الإيجار [(٢)]، وفي عقود التأمين [(٣)]، ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة [(٤)]، ومن يتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية بمراعاة نظمها ولوائحها [(٥)]، ويقيد المستخدم في عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لها، إلا أنه مع ذلك يغلب الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة [(٧)]، ويبطل الإعفاء الاتفاقي من المسئولية [(٨)]، ويفسر الالتزام في مصلحة الطرف المذعن [(٩)]، وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة [(١٠)].

وجاء القانون الجديد فجعل الحماية تشريعية ، ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين . وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الاذعان كافة [(1)]. فجعل بذلك للقضاء المصري في ظل القانون القديم سنداً تشريعياً في عهد القانون الجديد، ومهد أمام الطريق ليخطو خطوات أوسع في حماية الجانب المذعن . وندع النصوص

(١) استئناف مختلط في ٢٠ يونية سنة ١٩٢٨م ٤٠ ص ٤٣٧ .

(٢) عقد الإيجار للمؤلف فقرة ١٢٩ ص ١٢٩ هامش رقم ٢ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٠ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ .

(٤) استئناف مختلط في ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٤ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ١٠٨ .

(٥) استئناف مختلط في ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧م ٣٩ ص ٤٠٥ - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٢٥ يونية سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٣٥ - محكمة القاهرة التجارية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٤٣ ص ١٠٧٦ .

(٦) استئناف مختلط في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٤ - وفي ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١.

(٧) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ - محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٢٢ .

(٨) استئناف مختلط في ١١ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٧ .

(٩) استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٠ ص ٢٩٥ . وتتشدد المحاكم في إعمال شرط من شروط الإسقاط في بوليصة التأمين : استئناف مختلط في ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٨ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٦ .

(١٠) وقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتياد شركة التأمين على أن تقصد المؤمن له في محل إقامته لتستوفي الأقساط يلغي الشرط القاضي بأن الدفع يكون في محل الشركة (١٦ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ٩٣ ص ٨٧) .

(1) تقدير ما اذا كان الشرط المبيع بعقد الاذعان شرطا تعسفيا يملك القاضي تعديله بما يزيل أثر التعسف أو يلغية ويعفى الطرف المذعن منه في حدود ما تقضيه قواعد العدالة عملا بنص المادة ١٤٩ من القانون المدني من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع .

(جلسة ١٩٩١/٤/٢٢ الطعن ٣٢٠ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ١٩٥٤/٤/٢٢ الطعن ٢٠٨ لسنة ٢١ ق س ٥ ص ٧٨٨)

الخاصة في العقود التي سلفت الإشارة إليها تدرس في مواضعها . ونقتصر هنا على إيراد النصوص العامة .

فقد نصت المادة ١٤٩ على أنه «إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» [(١)]. وهذا النص في عمومه وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار . والقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذ به . فإذا كشف شرطاً تعسفياً في عقد إذعان ، فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن منه ، ولم يرسم المشرع له حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن مثل هذا

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٢١٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد ، جاز للقاضي أن يجعل ذلك محلا للتقدير» . فاقترحت لجنة المراجعة تعديله على الوجه التي : «إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن من تنفيذها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» . وأصبح رقم المادة ١٥٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة عبارة في آخر النص هي ما يأتي : «دون إخلال بحق المذعن في التعويض إن كان له محل» ، لأنه لا يكفي في مثل هذه العقود أن يعفي القاضي المذعن من تنفيذها ، بل يجب أيضاً تعويضه إن كان للتعويض محل. وبعد أن وافقت اللجنة على هذا الاقتراح رجعت في موافقتها ورفعت هذه الإضافة لأن القواعد العامة تغني عن الحكم الوارد في العبارة المضافة ، واستبدلت كلمة «منها» بعبارة «من تنفيذها» . وأصبح رقم المادة ١٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩١ - ص ٢٩٤) .

هذا ويلاحظ مما تقدم أن النص الذي كان وارداً في المشروع التمهيدي أضعف من نص القانون الجديد في ناحيتين : الأولى أنه يشترط في الشروط التعسفية أن يكون الطرف المذعن لم يتنبه إليها، والثانية أن الجزاء على شرط تعسفي لم يتنبه له الطرف المذعن جاء منطوياً على شيء من الغموض، فلم يصرح النص بأن للقاضي أن يعدل الشرط أو يلغيه، بل اقتصر على القول بأنه يجوز للقاضي أن يجعله محلا للتقدير . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «في هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله متى تنبه إليه هذا العاقد وارتضاه . فالإذعان لا يختلط بالإكراه ، بل إن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبغي للتعامل من أسباب الاستقرار. ثم أن ما يولى من حماية إلى العاقد المذعن ينبغي أن يكون محلا لأحكام تشريعية عامة - كما هو الشأن في حالة الاستغلال - أو لتشريعات خاصة» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٢) . ولا شك أن النص الذي خرج به القانون الجديد أصلح في معالجة استغلال الطرف المذعن من نص المشروع التمهيدي . وقد زاده مجلس الشيوخ تأكيداً، فقد كانت العبارة الواردة فيه : «أو أن يعفي الطرف المذعن منها» قد وردت على النحو الآتي : «أو أن يعفي الطرف المذعن من تنفيذها» ، فرؤى أن الإعفاء يكون من الشرط التعسفي ذاته لا من تنفيذه فحسب.

الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظم العام، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً (clause de style) فى عقودها .

ونصت المادة ١٥١ على بما يأتى : «١ – يفسر الشك فى مصلحة المدين . ٢ – ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن »(١) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويراعى من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك فى مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله . وقد استثنى المشرع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن ، دائناً كان أو مديناً. فالمفروض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى العاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأه أو تقصيره وحمل تبعته، لأنه يعتبر متسببا فى هذا الغموض من وجه : أنظر المادة ١٢٨٨ من التقنين الإسباني وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النمساوى وهى تنص على أن إبهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه»(٢) .

الحالة الخامسة : القبول فى عقود الجماعة وفي العقود النموذجية :

١١٩ – تضمن المشروع التمهيدى نصين ، أحدهما خاص بعقود الجماعة (contrats collectifs) ، والثاني بالعقود النموذجية (contrats-type) .

فكانت المادة ١٤٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه «فى عقود الجماعة يتم القبول برضاء الأغلبية، وترتبط الأقلية بهذا القبول» . ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعى (contrat collectif du travail) ؛ وهو العقد الذى ينظم شروط العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال . ويتم الإيجاب والقبول فيه برضاء الأغلبية من كل من الطائفتين . وترتبط الأقلية بالعقد . وهنا نرى أن كل فرد من الأقلية قد ارتبط بعقد لم يقبله ولم يكن طرفاً فيه ، وأصبح لا يستطيع الانحراف فى عقد فردى عن نصوص العقد الجماعى. وفى هذا خروج بين على القواعد المدنية، يعلله أن عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود ، وهى على كل حال تنشئ مراكز قانونية منظمة (institutions) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «يفسر الشك فى مصلحة المدين» ، وفي الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على الوجه الآتى : «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن» . فضمت الفقرتان فى مادة واحدة فى لجنة المراجعة ، وأصبح رقمها ١١٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل. ثم وافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩ – ص ٣٠١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٠ – هذا وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ظل القانون القديم أن عقد التأمين يفسر لمصلحة المؤمن له (٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

وكانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه «إذا وضعت السلطة العامة أو هيئة نظامية أخرى نموذجاً لأحد العقود، فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه» . والعقد النموذجي هو الذى تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى ، كعقود الإيجار النموذجية التى تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس المحلية أو النقابات. وقضى النص السالف الذكر بأن من يتعاقد محيلا فى تعاقده على عقد نموذجي يتقيد بالشروط الواردة فيه ، لأن الإحالة عليه تفترض أن المتعاقد قد اطلع على ما ورد فيه من شروط وارتضاها .

وقد حذف هذان النصان فى المشروع النهائي، حذف الأول لأن مكانه يحسن أن يكون تشريع خاص ، وحذف الثاني لوضوح الحكم الوارد فيه (١) .

٢ – المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين)*

(Contrat par correspondance ou entre absents)

١٢٠ – تحديد الموضوع : فرضنا فيما قدمنا أن التعاقد يتم بين حاضرين ، سواء تم التعاقد بينهما مباشرة أو تم بوساطة نائب عن أى منهما ، ولكن يحدث كثيراً أن يتم التعاقد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ – ص ٦٨ فى الهامش . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذين النصين فى المشرع التمهيدى ما يأتى : «لا يطرأ على القبول فى عقود الجماعة مجرد عرض يغير من أوصافه ، بل يجاوز أمره ذلك فيصبح القبول معدوماً على وجه الإطلاق . والحق أن هذه العقود وهى من أبرز مظاهر النشاط الاقتصادى الحديث لا تنطوى على حقيقة التعاقد وأظهر ما يكون هذا المعنى بالنسبة للأقلية التى ترتبط بقبول الأغلبية دون أن ترتضى ذلك . وقد بلغ من أمر الثغرة التى أصابت مبدأ سلطان الإرادة من جراء هذا الوضع أن أصبح اصطلاح «الارتباطات النظامية» أغلب على الألسنة فى هذا المقام من اصطلاح «عقود الجماعة» . وقديما وعت قوانين التجارة فى نظام الصلح فى الإفلاس صورة من صور هذه العقود . بيد أن صورة أخرى أعظم أهمية وأبلغ أثراً قد أخذت بظهور عقد العمل الجماعي مكانها فى الحياة الاقتصادية الحديثة تحت ضغط حركات العمال والنقابات . فقد يتفق أرباب العمل والعمال على قواعد خاصة بشروط العمل، وبهذا يتكون عقد جماعة يرتبط به أولئك وهؤلاء جميعاً سواء فيهم من قبل أو من لم يقبل . ويترتب على ذلك بطلان كل حكم فى عقود العمل الفردية يتعارض مع نصوص هذا العقد . ويجب التفريق بين عقود الجماعة والعقود النموذجية ، فللأخيرة حقيقة التعاقد . وإحالة الطرفين إلى النموذج الذى تولت وضعه أو إقراره السلطات العامة أو الهيئات النظامية (كالنقابات مثلا) تفترض قبولها للشروط الواردة فيه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨ فى الهامش) .

* **بعض المراجع** : فاليرى (Valéry) فى التعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥ ، وانظر تعلقاً له أيضاً فى داللوز ١٩١٣ – ٢ – ١ – سالى فى إعلان الإرادة ص ١١٨ – أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ – لوران ١٥ فقرة ٤٧٩ – ديمولومب ٢٤ فقرة ٧٥ – هيك ٧ فقرة ١٨ – بيدان فقرة ٩١ – فقرة ٩٢ – جيللوار فى البيع فقرة ١٦ – بفتوار ص ٤٧١ – لارومبيير م ١١٠١ فقرة ١٩ – بودرى وبارد ١ فقرة ٣٧ – بودرى وسينيا فقرة ٣٥ – بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ٢٠٤ وما بعدها – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٥٤ وما بعدها – ديموج ٢ ص ٢٤٢ وما بعدها – هيمار ٢ فقرة ١٢٢٤ وما بعدها – =

بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد، ويتم ذلك بالمراسلة ، بأية طريقة من طرقها المختلفة : البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك [(١)].

وليس الذى يميز ما بين الفرضين فى حقيقة الأمر هو أن يجمع المتعاقدين مجلس العقد أو ألا يجتمعا فى مجلس واحد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به . ففى التعاقد ما بين حاضرين تنمحى هذه الفترة من الزمن . ويعلم الموجب بالقبول فى الوقت الذى يصدر فيه . أما فى التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تمضى فترة من الزمن هى المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب ، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به .

والذى يؤكد ما تقدم أننا نستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، كالتعاقد بالتليفون، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين على ما سنرى . ونستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين حاضرين يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين . ويكفى لتحقيق ذلك أن نتصور أن المتعاقدين افترقا بعد صدور الإيجاب الملزم وقبل صدور القبول ثم صدر القبول بعد ذلك وأتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب قبوله [(٢)].

فالعبرة ليست إذن باتحاد المجلس أو اختلافه ، بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول والعلم به [(٣)].

= بتى (Petit) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ – أوبير (Aubert)z رسالة من باريس سنة ١٨٩٤ – ماركاجى (Marcaggi) رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ – موريس (NMaurus) رسالة من تولوز سنة ١٩٠٥ – كوهن (Cohen) رسالة من باريس سنة ١٩٢١ فى القانون المقارن – والتون ١ ص ١١٩ وما بعدها – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٨٥ وما بعدها – الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٠٤ وما بعدها – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٥ وما بعدها .

(١) والتعاقد فيما بين الغائبين ممكن في أكثر العقود . ولا تستثنى إلا عقود خاصة تستلزم بعض القوانين فيها حضور المتعاقدين بنفسيهما فى مجلس واحد وقت التعاقد ، فلا يجوز فيها حتى التعاقد بطريق النيابة، كما يقضى القانون الفرنسى بذلك فى الزواج (acte de mariage) وفى عقد الزوجية المالى (contrat de mariage) وفى عقد التبنى (adoption) .

(٢) ولو قبل شخص إيجاباً صدر من أصم وهما في مجلس واحد ، فلم يسمع الموجب القبول، فكتبه له الطرف الآخر ، فإن معرفة الوقت الذى تم فيه العقد ، هل هو وقت صدور القبول أو وقت كتابة القبول للموجب وتمكن هذا من قراءته ، تتبع فيه قواعد التعاقد ما بين غائبين (أنظر فى هذا الفرض إيموس ولرماجون : أسئلة فى القانونين المدنى والتجارى المصريين سنة ١٩٠٤ ص ٣٩ رقم ٥٧) .

(٣) ولا يعتبر تعاقداً بين غائبين تبادل مكاتبات تسجل اتفاقاً تم بين حاضرين شفوياً قبل هذا التبادل، فإن هذه المكاتبات ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين وهما حاضران معاً مجلس العقد (استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠). كذلك لا يعتبر تعاقدا بين غائبين إبرام عقد بين أحد الطرفين ووكيل الآخر إذا كان كل منهما حاضراً مجلس العقد ، فحضور الوكيل مجلس العقد يغنى عن حضور الأصيل (استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٣).

١٢١ – ماذا يترتب على هذا التحديد – زمان العقد ومكانه : ومتى وضعنا المسألة على النحو الذى قدمنها تبين فى الحال ماذا يترتب على هذا الوضع : فما دام أن هناك فترة من الزمن ما بين صدور القبول والعلم به ، وجب التساؤل متى إذن يتم العقد ؟ أو وقت صدور القبول أم وقت العلم به ؟ فإذا تعين الوقت الذى يتم فيه العقد تعين أيضاً المكان الذى يتم فيه : يتم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب إذا قلنا إن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول، ويتم فى المكان الذى يوجد فيه من صدر منه القبول إذا قلنا إن العقد يتم بمجرد صدور القبول .

فزمان العقد هو الذى يحدد مكانه ، وهذا هو الأصل . وقد يختلف مكان العقد عن زمانه فى بعض الفروض ، أهمها التعاقد بالتليفون . ففيه لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به كما رأينا . فهو من ناحية الزمان بمثابة تعاقد ما بين حاضرين . أما من ناحية المكان فالمتعاقدان فى جهتين مختلفتين ، فتجرى فى تعيينه قواعد التعاقد ما بين غائبين [(١)].

وعلينا الآن أن نبحث متى يتم العقد ما بين غائبين وفى أى مكان . ونستعرض فى ذلك الفقه والقوانين الأجنبية ، ثم ننتقل إلى أحكام القانون المصرى .

١ – الفقه والقوانين الأجنبية

١٢٢ – مذاهب أربعة فى الفقه : الفقه فى البلاد التى ليس فيها تشريع يعين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد – كما فى فرنسا وفى مصر فى ظل القانون القديم – منقسم متشعب الرأى ، وذلك بالرغم من أهمية تعيين زمان العقد ومكانه على ما سنرى .

---

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص فى هذا الموضوع ، فنصت المادة ١٤٠ من هذا المشروع على أنه «يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان» . ولكن لجنة المراجعة قررت حذف هذا النص لوضوح حكمه . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «لا يثير التعاقد بالتليفون، أو بأية وسيلة مماثلة ، صعوبة إلا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد . فشأنه من هذه الناحية شأن التعاقد بين الغائبين الذين تفرقهم شقة المكان . ولذلك تسرى عليه أحكام المادة السابقة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين الغائبين ، ويعتبر التعاقد بالتليفون قد تم فى مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول، ما لم يتفق على خلاف ذلك . أما فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد ، فالتعاقد بالتليفون لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين ، لأن الفارق الزمنى بين إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو فى حكم المعدوم . فليس للتفرقة بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به أية أهمية عملية، لأنهما شئ واحد. وتفريعاً على ذلك يعتبر التعاقد بالتليفون تاما فى الوقت الذى يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله، وهذا الوقت بذاته هو الذى يعلم فيه الموجب بالقبول . ويترتب على إعطاء التعاقد بالتليفون حكم التعاقد ما بين الحاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ، ولم يصدر القبول فور الوقت ، تحلل الموجب من إيجابه . وهذه هى القاعدة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من المشروع بشأن الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢ – ص ٥٣ فى الهامش) .

وذلك أن خاصية التعاقد بالمراسلة فيما بين غائبين هي كما قدمنا الفترة من الزمن التي تفصل ما بين صدور القبول والعلم به [1] . فإذا قلنا إن العبرة في تمام العقد هي بتلاقي الإرادتين ، فإن العقد يتم وقت صدور القبول ، ففي هذا الوقت كان الإيجاب قائماً وصدر القبول متلاقياً معه . وإذا قلنا بل العبرة بالوقت الذي يعلم فيه المتعاقدان معاً بهذا التلاقي، فإن صدور القبول لا يكفي ، بل يجب أن يعلم الموجب بالقبول وهو باق على إيجابه .

والحق أن التعاقد إذا تم بين غائبين تعذر العثور على وقت يعلم فيه المتعاقدان معاً بتلاقي الإرادتين . فلا يكفي أن يعلم الموجب بصدور القبول ، بل يجب أيضا أن يعلم القابل بهذا العلم ، وهكذا . وهذا هو الدور ، وهو ممتنع . بل إن تلاقي الإرادتين في التعاقد ما بين غائبين لا يمكن الجزم به . فقد يعدل الموجب عن إيجابه ولا يصل هذا العدول إلى يعلم القابل إلا بعد وصول القبول إلى علم الموجب . وقد يعدل القابل عن قبوله ولا يصل هذا العدول إلى علم الموجب إلا بعد وصول القبول إلى علمه . وفي الحالتين يتم العقد ، وفي الحالتين لم تتلاق الإرادتان [2] .

فليس يعنينا إذن في التعاقد ما بين الغائبين أن يعلم المتعاقدان معاً بتلاقي الإرادتين، بل ولا بأن تتلاقى الإرادتان فعلا ، فإن هذا وذاك قد يتعذر تحققه كما قدمنا. ولا يبقى أمامنا – وقد صدر القبول في وقت متقدم على الوقت الذي علم فيه الموجب بهذا القبول – إلا أن نختار بين الوقتين ؛ وقت صدور القبول ووقت العلم به .

فإذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذي أعلن فيه القابل قبوله – وهذا هو مذهب إعلان القبول (système de déclaration) – والوقت الذي

---

(١) وهناك أمر آخر يقع في التعاقد بالمراسلة ، هو أن تبلغ أحد المتعاقدين إرادة الآخر عل بغير حقيقتها . فكثيراً ما يقع في المراسلات البرقية خطأ في نقل ما يريد المرسل تبليغه للمرسل إليه ، فيعتمد هذا على ما بلغه خطأ . مثل ذلك أن يظن المشترى أن البائع يعرض عليه البيع بثمن هو دون الثمن الذي يرضى به ، ويكون هذا نتيجة لوقوع خطأ في البرقية التي أرسلها البائع للمشترى . فإذا قبل المشترى التعاقد ، فهل يتم العقد ؟ العقد لا يتم إذا أخذنا بالإرادة الباطنة ، وهذا ما يذهب إليه القضاء في مصر (محكمة الاستئناف الوطنية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٢٨٨ – محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ – وى ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٢ – وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ – وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٠١) . ويتم العقد إذا أخذنا بالإرادة الظاهرة ، ولكن يرجع المتعاقد الذي أصابه ضرر بالتعويض على المسئول عن الخطأ الذي وقع . وسنعود إلى يهذه المسألة عند الكلام في الغلط الذي يقع في نقل الإرادة (أنظر المادة ١٧٢ من المشروع التمهيدي وسيأتي ذكرها) .

(٢) وقد قيل إن الوقوف عند وقت صدور القبول في التعاقد ما بين الغائبين يلقى الموجب في حيرة فهو لا يعلم متى تم العقد . ولكن هذا القول مردود بأن الوقوف عند وقت العلم بالقبول هو أيضا من شأنه أن يوقع القابل في حيرة إذ هو لا يدرى متى وصل القبول إلى علم الموجب فلا يعلم متى تم العقد. ونرى من ذلك أن اختيار وقت صدور القبول من شأنه ألا يطمئن الموجب ، واختيار وقت العلم بالقبول من شأنه ألا يطمئن القابل . فلا ميزة لقول على آخر من حيث اطمئنان المتعاقدين .

يخرج فيه هذا القبول من يده في طريقه إلى الموجب إذ هو لا يملك استرداده بعد ذلك – وهذا هو مذهب تصدير القبول (système d'expédition) .

وإذا نحن جاوزنا صدور القبول إلى العلم به ، فعلينا أيضاً أن نختار بين الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب فنفرض علمه به – وهذا هو مذهب تسلم القبول (système de réception) – والوقت الذي يعلم فيه الموجب فعلا بالقبول – وهذا هو مذهب العلم بالقبول (système d'information) .

هذه هي مذاهب أربعة ، لكل مذهب منها أنصار يقولون به .

١٢٣ – مذهب اعلان القبول : أما أنصار مذهب إعلان القبول فيقولون إن نظريتهم هي المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافق إرادتين . ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم العقد . هذا إلى أن المذهب يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل .

ويؤخذ على هذا المذهب خروجه على القواعد العامة من ناحيتين . فليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول ، إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل إلا بعد صدور القبول . كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره. فالقبول إرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها .

١٢٤ – مذهب تصدير القبول : وأنصار هذا المذهب يتفقون في الواقع مع أنصار المذهب الأول ، فهم يكتفون بإعلان القبول ، ولكنهم يشترطون أن يكون هذا الإعلان نهائياً فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلا بقبوله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلمه لعامل البرق فبعث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به الموجب .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتمام العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول المصدر يمكن استرداده كما تقضى بذلك لوائح البريد في كثير من البلاد ، والكتاب في البريد ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه .

١٢٥ – مذهب تسليم القبول : وأنصار هذا المذهب يرون أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره إذ يمكن استرداده وهو في الطريق ، وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب . ففي هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب أو لم يعلم . على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ومن ذلك نرى أن مذهب تسليم القبول يتذبذب بين مذهبي التصدير والعلم . فهو بين أن يكون قد أخذ بمذهب التصدير مستأنياً إذ لا يرى التصدير باتاً حتى يصل القبول إلى الموجب ، وبين أن يكون قد أخذ بمذهب العلم متعجلا إذ يجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم .

والمذهب من حيث أنه صورة معدلة لمذهب التصدير لا يزيد فى قيمته عن هذا ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية . وإذا قيل إن الكتاب يصبح ملكاً للمرسل إليه ، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية ، أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل .

أما إذا أريد بالتسلم أن يكون قرينة على العلم ، فإن كانت القرينة قاطعة أعوزها النص ، وإن كانت غير قاطعة فقد المذهب استقلاله واختلط بمذهب العلم بالقبول ، وهو المذهب الرابع الذى نتولى الآن بحثه .

١٢٦ – مذهب العلم بالقبول : والواقع أن المذهبين الرئيسيين هما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول ، وما عداهما فمتفرع عنهما ، ويرد إليهما . ولمذهب العلم بالقبول أنصار كثيرون . وهم لا يكتفون من القبول بإعلانه ، بل يشترطون علم الموجب به ، شأن كل إرادة يراد بها أن تنشئ أثراً قانونياً ، فهى لا يترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من هى موجهة إليه . وهم يتخذون من وصول القبول قرينة على علم الموجب، ولكنها قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهى على كل حال تقبل إثبات العكس .

١٢٧ – النتائج التى تترتب على الأخذ بمذهب دون آخر : ونقارن الآن بين المذهبين الرئيسيين ، مذهب الإعلان ومذهب العلم ، فى النتائج التى تترتب على الأخذ بمذهب منهما دون الآخر . فيتبين الفرق بينهما فيما يأتى :

١ – إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى علم القابل بعد إعلان القبول وقبل علم الموجب به ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم . كذلك من صدر منه القبول لو عدل عن قبوله ووصل العدول إلى الموجب غير متأخر عن وصل القبول ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم .

٢ – إذا كان العقد بيعاً واقعاً على منقول معين بالذات ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشترى من وقت تمام العقد ، وتكون الثمار للمشترى من ذلك الوقت أى من وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بمذهب العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بمذهب الإعلان . وكعقد البيع أى عقد آخر ناقل للملكية .

٣ – هناك مواعيد تسرى من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التى تنشأ من العقد . فتسرى هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقاً لنظرية العلم ومن وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان .

٤ – فى الدعوى البوليصية لا يستطيع الدائن الطعن فى عقد صدر من مدينه إضراراً بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخراً فى التاريخ عن الحق الثابت له فى ذمة المدين . فلو أن هذا الحق قد ثبت فى ذمة المدين فى الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به فى العقد الذى يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن الطعن فى العقد وفقا لنظرية العلم ، ولا يجوز وفقا لنظرية الإعلان .

٥ – العقود التى صدرت من تاجر شهر إفلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطلان على معرفة وقت تمامها . ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل المدة المشتبه فيها أو فى أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو شهر الإفلاس . فتهم إذن معرفة وقت تمام العقد فى مثل هذه الفروض ، فقد يعلن القبول فى مرحلة من هذه المراحل ويحصل العلم به فى مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف المذهب الذى يؤخذ به .

٦ – تقضى قواعد القانون الدولى الخاص بأن القانون الذى يخضع له العقد هو القانون الذى أراده المتعاقدان وفقاً لنظرية سلطان الآرادة . ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التى تم فيها العقد (lex loci contractu) . فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً فى مصر وعلم بالقبول فيها ، ومن صدر منه القبول كان موجوداً فى فرنسا وقت صدور القبول ، فإن العقد يخضع للقانون المصرى إذا أخذنا بمذهب العلم ، ويخضع للقانون الفرنسى إذا أخذنا بمذهب الإعلان. والأخذ بأى المذهبين فى تحديد المكان يحدد الزمان كذلك .

٧ – قد يكون ارتكاب جريمة فى بعض الفروض متوقفاً على تمام عقد مدنى ، كجريمة التبديد فإنها تتم بتمام عقد البيع الذى يتصرف بموجبه المبدد فى الأشياء التى كان مؤتمناً عليها . فيهم أن نعرف فى أى مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التى وقعت فيه الجريمة ، ومحكمة هذه الجهة هى المحكمة المختصة بالنظر فى التبديد. فإذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان فى بلد غير البلد الذى كان فيه المشترى ، فإن المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذى يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذى يعين أيضاً وقت تمام العقد .

١٢٨ – القوانين الأجنبية : وتأخذ بعض التقنينات الأجنبية الحديثة بمذهب العلم بالقبول . أخذ به التقنين الألمانى (م ١٣٠) ؛ والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢ فقرة أولى)، والتقنين التجارى الإيطالى (م ٣٦) ، والتقنين الاسبانى (م ٢٦٢ فقرة ثانية) .

ويأخذ تقنين الالتزامات السويسرى بمذهب تصدير القبول (م ١٠) ويأخذ التقنين المدنى السورى الجديد بمذهب إعلان القبول ، فقد نصت المادة ٩٨ من هذا التقنين على أنه «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك» . ونجد هنا أحد الفروق القليلة بين القانونين السورى والمصرى [(١)] .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون السورى الجديد فى هذا الصدد ما يأتى : «واشتمل القسم الأول من المشروع على الالتزامات ، فبين فى الباب الأول من الكتاب الأول قواعدها بوجه عام وعدد مصادرها وفصل أحكام العقد وأركانه وآثاره وانحلاله ، وهى قواعد أخذت بجملتها من القانون المصرى ، فيما عدا العقود بالمراسلة ، فقد أخذت من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، فأصبح العقد بالمراسلة يتم =

أما في فرنسا حيث لا يوجد نص تشريعي ، فالقضاء منقسم بين مذهبي إعلان القبول والعلم بالقبول . وتقضي محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد وقت تمام العقد ومكانه مسألة يرجع فيها إلى نية المتعاقدين . وهي مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها [1] .

ب – أحكام القانون المصرى

١٢٩ – القانون القديم : لم يشتمل القانون القديم على نص تشريعي في هذا الموضوع . فانقسم القضاء فيه ، سواء في ذلك القضاء الوطني أو القضاء المختلط .

أما القضاء الوطني فكان يميل إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول في المسائل المدنية على الأقل [2] .

وانقسم القضاء المختلط بين مذهبي العلم والإعلان [3] .

وبقي الفقه في مصر حائراً حيرة القضاء . ولكنه اتجه أخيراً إلى الأخذ

= بمجرد إعلان القبول وفي مكان الإعلان ، وذلك لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضي المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين لئلا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى الإضرار بحقوق ذوي العلاقة» (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري ص ١١) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٦ يونية سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ – ١ – ٢٢٩ – وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ١٧٦ . وهذان الحكمان يتعلقان بزمان العقد . وهناك حكمن آخران يتعلقان بمكان العقد : ٦ أغسطس سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٨ – ١ – ٣٥ – وفي أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللوز – ٧٧ – ١ – ٤٥٩) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد لا يتم ، خصوصاً في المواد المدنية ، طالما أن قبول الشخص الذي عرض عليه الإيجاب لم يصل لعلم العارض (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٨٣) . وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة استئناف مصر في أول فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦١ ص ١٠٣٠ . ولكن هناك حكماً قضى بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر حاصلاً من وقت وضع كتاب القبول في صندوق البريد (دمياط الجزئية في ٢١ أبريل سنة ١٠١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١) ، فهو قد أخذ بمذهب تصدير القبول .

(٣) فهناك أحكام قضت بأن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، وقبل هذا العلم يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه كما يجوز لمن صدر منه القبول أن يعدل عن قبوله (محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ – وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٧ – وفي ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦ – محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٣٥ – محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٣٤ – وفي ٣ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ – وفي ٣ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠) . وهناك أحكام أخرى قضت بأن العقد يتم بإعلان القبول (محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ – وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٧٩ – وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٧ – محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ٢٥٦ – وفي ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٥٩ ص ١٥٠) . وهناك طائفة ثالثة من الأحكام تأخذ بمذهب تصدير القبول (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٠١ – وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٤ – وفي ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩١) .

بمذهب العلم بالقبول [1] .

١٣٠ – القانون الجديد : أما القانون فقد حسم هذا الخلاف الطويل بنصوص تشريعية واضحة ، أخذ فيها بمذهب العلم بالقبول . فهو قد وضع المبدأ الأساسي في تعيين الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، فنص في المادة ٩١ على أنه «ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» . وقد مر الكلام في هذا النص . ثم طبق هذا المبدأ في نص خاص بالتعاقد فيما بين الغائبين . فقضت المادة ٩٧ بما يأتي :

«١ – يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك» .

«٢ – ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول» [2] .

(١) من ذلك ما جاء بنظرية العقد للمؤلف : «يشعر المستعرض للحلول المتقدمة بشيء من الحيرة إذا أراد أن يختار منها حلاً يرتضيه ، وذلك لتعدد هذه الحلول وذهاب كل منها إلى وجهة من النظر تختلف عن الأخرى ، وانقسام الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا ، وتباين التشريعات الحديثة والقوانين المختلفة في هذا الموضوع . ولكن المتأمل في المسألة لا يسعه إلا أن يماشي محكمة النقض الفرنسية في رأيها من أن الأمر يرجع قبل كل شيء إلى نية المتعاقدين . بل هو يرجع في الواقع إلى إرادة الموجب ، فهو الذي أنشأ العقد ابتداء بإيجابه ورسم حدوده ، وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب . فالموجب إذن هو الذي يبين متى يريد أن يتم العقد وأين يتم . أما التشريعات التي وردت فيها نصوص تتعرض للمسألة ، فلا نظنها موفقة في ذلك . والنص التشريعي الصالح في نظرنا هو الذي يقضي باتباع إرادة الموجب ، فإذا غمضت هذه الإرادة ولم يمكن الاهتداء إليها بوضوح فهنا نلجأ إلى الافتراض . وأمن فرض في تفسير إرادة الموجب أن يفرض ما هو في صالحه ، والأصلح ألا يتم العقد إلا عند علمه بالقبول . فنحن نأخذ إذن بنظرية العلم بالقبول . ولكن لا نأخذ بها اعتباطاً ، ولا للأسباب التي تذكر عادة في تأييدها ، بل نأخذ بها لأنها تتفرع عن المبدأ الأساسي الذي قررناه من أن العبرة بإرادة الموجب ، فإذا لم تتبين له إرادة فرضنا ما هو في مصلحته . فإذا كان لنا أن نقترح إدخال تعديل في المشروع المصري في هذا الصدد ، فنحن نرى أن يضاف إلى القانون المصري نص في هذا المعنى يقضي بأنه لمعرفة الوقت والمكان اللذين يتم فيهما العقد بالمراسلة يرجع إلى نية المتعاقدين ، وهذه تحددها إرادة الموجب . فإذا لم يمكن الاهتداء إلى معرفة هذه الإرادة فيفرض أن الموجب قد أراد أن يتم العقد عند علمه بالقبول . مثل هذا النص يضع قرينة قانونية تفسر بمقتضاها إرادة الموجب الغامضة . ولا بأس من إضافة قرينة قانونية أخرى يفرض بمقتضاها أن الموجب قد علم بالقبول بمجرد استلامه له ، وإن كان له أن يثبت عكس ذلك . فخلاصة الرأي الذي نذهب إليه هو الأخذ بإرادة الموجب الصريحة أو الضمنية ، وإلا فبإرادة الموجب المفروضة ، وهذه الإرادة المفروضة هي التي تتفق مع نظرية العلم بالقبول ، على أن يكون إستلام القبول قرينة قابلة لإثبات العكس على حصول العلم» (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٠٤ – فقرة ٣٠٥) .

انظر أيضاً في الفقه المصري الذي أخذ بمذهب العلم بالقبول الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ١١١ – ص ١١٢ والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٩ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٣٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد مع اختلاف لفظي طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة بتعديل لفظي ، وأصبح رقم المادة ٩٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧ مع إدخال تعديلات لفظية طفيفة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٢ – ص ٥٥) . وانظر أيضاً المادة ٢ فقرة أولى من المشروع الفرنسي الإيطالي .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد ترك تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد فيما بين الغائبين إلى اتفاق المتعاقدين . وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شئ في هذا الصدد وما هو الشئ الذى اتفقا عليه يعتبر من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحكمة النقض .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شئ ولم يوجد نص قانونى خاص ، فيعتبر العقد قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا هو مذهب العلم بالقبول أخذ به القانون الجديد فى صراحة ووضوح [1] . وهو في هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسي الذى سبقت الإشارة إليه من أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا في الوقت الذى تتصل فيه بعلم من وجهت إليه ، أى بعلم الموجب . ومن أجل ذلك يجب تفسير الفقرة الثانية من المادة ٩٧ على أن الحكم الذى أوردته ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ . فيكون وصول القبول قرينة على العلم به. وهي قرينة قانونية لأنها وردت فى نص قانونى ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فيجوز إثبات العكس . وإذا كان النص لم يصرح بجواز إثبات العكس، فان هذا مفهوم من الرجوع إلى المبدأ الأساسى الذى ورد فى العبارة الأخيرة من المادة ٩١ ، وهى تقضى بأن وصول التعبير عن الإرادة يعتبر «قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» — وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٧ ليست إلا تطبيقاً لهذا المبدأ الأساسى ، فينبغى أن تفسر على مقتضاه .

وقد تقضى النصوص القانونية في حالات خاصة ، كما قدمنا ، بتعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم ، فتتبع هذه النصوص . مثل ذلك ما ورد في المادة ٥٩٩ من تجدد الإيجار تجدداً ضمنياً ببقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فيتم التجديد ببقاء المستأجر فى العين دون حاجة إلى أن يعلم بأن المؤجر لا يعترض على هذا البقاء [1] .

([1]) المقرر وفقا لنص المادة ٢/٩٧ من القانون المدنى أن يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلما فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

[جلسة ١٩٨٤/١١/٢٧ الطعن ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق س ٣٥ ص ١٩٢) .

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «تتضمن التشريعات المختلفة أحكاماً حد متباينة بشأن تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد اختار المشروع مذهب العلم بالقبول ، ولم يجعل من الرد بالقبول (المراد هو وصول القبول) سوى لاية بسيطة (المراد قرينة قابلة لإثبات العكس) على حصول العلم به . وبديهى أن هذا الحكم قد لا يسرى حيث تنصرف نية المتعاقدين إلى مخالفته صراحة أو ضمناً ، أو حيث يقضى القانون بالعدول عنه إلى حكم آخر ، كما هى الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختيارى (وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى التنفيذ الاختيارى كما قدمنا) اللذين ينزلهما القانون منزلة القبول . ولعل مذهب العلم هو أقرب المذاهب لرعاية الموجب . ذلك أن الموجب هو الذى يبتدئ التعاقد ، فهو الذى يحدد مضمونه ويعين شروطه ، فمن الطبيعى والحال هذه أن يتولى تحديد زمان العقد ومكانه . ومن العدل ، إذا لم يفعل ، أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك . وبعد ، فمذهب العلم هو =

المطلب الثالث

مرحلة تمهيدية فى التعاقد

(الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى والعربون)

١٣١ – تعاقد غير نهائى : عالجنا فيما قدمناه كيف يتم التعاقد ، ووصلنا فى ذلك إلى مرحلته النهائية ، فرأينا كيف يتم العقد على نحو بات نهائى . ولكن قد يسبق مرحلة التعاقد النهائى مرحلة تمهيدية تؤدى على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية . وأبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى والعربون .

§ ١ – الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى *

(Promesse de contrat - Contrat préliminaire)

(Avant - contrat)

١٣٢ – الصور العملية للوعد بالتعاقد وللاتفاق الابتدائى : الوعد بالتعاقد كثير الوقوع فى الحياة العملية : يتوقع شخص حاجته فى المستقبل إلى أرض بجوار مصنعه أو منزله، أو هو الآن فى حاجة إليها ولكن لا يستطيع شراءها فوراً ، فيكتفى بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته فى الشراء فى مدة معينة ، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر . يقوم المستأجر

= الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضى بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه – أنظر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المشروع – ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يصبح نهائياً إلا فى الوقت الذى يستطيع فيه الموجب أن يعلم به ، ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا فى هذا الوقت . ولم يستقر القضاء المصرى على رأى معين فى هذا الصدد. فقد اختارت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب العلم ، وبوجه خاص فى المسائل المدنية (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٨٣) . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقضاؤها موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ – ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٧ – ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦) وبين مذهب الإعلان (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٧٩ – ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٧) . وليس ثمة شك فى أن هذا المذهب الأخير هو أنسب المذاهب فى المسائل التجارية . على أن مذهب الإصدار (التصدير) قد رددت صداه بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهلى (استئناف مختلط فى ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٠١ – دمياط ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١) . ولم تتح لمحكمة النقض حتى اليوم فرصة للفصل فى هذه المسألة . وغنى عن البيان أن النص الذى اختاره المشروع يقضى على هذا الخلاف بأسره» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣ - ص ٥٤) .

* بعض المراجع : ديموج ٢ فقرة ٤٦٣ وما بعدها – لديك (Leduc) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ – ديشان (Deschamps) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٦ – كوهرييه (Coherier) رسالة من بواتييه سنة ١٩٣٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٤٢ وما بعدها – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٥٩ وما بعدها – الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٦٧ .

بإصلاحات هامة في العين المؤجرة ، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب شراءها في خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً . يعد المالك من تسلم الشئ بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته في الشراء في مدة معينة، وهذا ما يسمى ببيع المذاق (م ٤٢٢) . يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع في خلال مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة . يفتح مصرف حساباً جارياً لعميل قبل أن يقرضه شيئاً، فيكون هذا وعداً من المصرف بالإقراض عندما يريد العميل أن يقترض . ويلاحظ في كل هذه الصور – الوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالإقراض – أن العقد ملزم لجانب واحد هو الواعد ، أما الموعود له فلم يلتزم بشئ .

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها ملزما للجانبين : يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً . يمنعهما من ذلك مثلا إجراءات لابد منها في إبرام العقد النهائي كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة المختصة ولاية على النفس أو المال أو نحو ذلك . أو يمنعهما ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أن يثقله من الحقوق العينية . أو يمنعهما أن هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائي وشهره وهما لا يستطيعان الاضطلاع بها في الحال [1] . هذه بعض أمثلة من الموانع التي تحول دون إبرام العقد النهائي فوراً. ولكن المتعاقدين قد قر قرارهما علي إبرام العقد ، ويريدان التقيد به منذ الآن ، فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضي العقد النهائي في مدة تعين في الاتفاق . وهذا هو الاتفاق الابتدائي ، وهو وعد بالتعاقد ، ولكنه وعد ملزم للجانبين .

ولننظر الآن كيف ينعقد الوعد بالتعاقد ، في صورتيه الملزمة لجانب واحد والملزمة للجانبين ، وما الذى يترتب عليه من الآثار .

١ – كيف ينعقد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٣٣ – الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي وسط بين الايجاب والتعاقد النهائي : الوعد بالتعاقد وكذلك الاتفاق الابتدائي ، عقد كامل لا مجرد إيجاب ، ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائي . وعلى هذين الأساسين ترتكز كل القواعد التي سنقررها في هذا الموضوع .

وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي . وبيان هذا أن الواعد بالتعاقد – بالبيع مثلا – يلتزم بأن يبيع الشئ الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء . وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد

(١) ويقع كثيراً مفي بعض هذه الصور أن المتعاقدين يقصدان أن يكون العقد المبرم عقداً نهائياً، ويسميان مع ذلك عقداً ابتدائياً . والعبرة في ذلك بنية المتعاقدين (أنظر المشروع في لجنة المراجعة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧) .

اقترن به القبول فهو عقد كامل . ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع – أو على بيع تمهيدى في حالة الاتفاق الابتدائي – ولذلك يكون الوعد بالتعاقد، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، مرحلة دون التعاقد النهائي ، وهو خطوة نحوه .

١٣٤ – ما الذى يجب الاتفاق عليه في الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من القانون المدني الجديد على أن «الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها » [1] . وهذا الحكم نتيجة منطقية من أن كلا من الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي هو خطوة نحو التعاقد النهائي ، فوجب أن يكون السبيل مهيأ لإبرام العقد النهائي بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين.

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد . فإن كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثمن [2] . وإن كان شركة وجب أن يتفقا على المشروع المالى

(١) **تاريخ النص** : وردت المادة ١٠١ بفقرتيها في المشروع التمهيدى (م ١٥٠) على الوجه الآتي : «١– الاتفاق الابتدائي الذى يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يتم فيها العقد . ٢– إذا اشترط القانون لصحة العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذى يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد» . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته على الوجه الآتي :«١– الاتفاق الابتدائي الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ – وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد» . وأصبح رقم المادة ١٠٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استفهم عما هو مقصود بالشكل المعين، فأجيب أن المقصود بالشكل هي الرسمية في عرف الفقه والقضاء ، فمثلا عقد الهبة لا يتم إلا إذا كتب في ورقة رسمية طبقاً للأوضاع المقررة ، فالوعد بالهبة لا يتم هو أيضاً إلا إذا كتب في ورقة رسمية، وهذا هو مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ . (ملاحظة من المؤلف : الشكلية أوسع من الرسمية، فعقد الشركة في القانون الجديد يجب أن يكون مكتوباً (م ٥٠٧) وليس من الضرورى أن يكون مكتوباً في ورقة رسمية، فهو عقد شكلي دون أن يكون عقداً رسمياً، ويترتب على ذلك أن الوعد بالشركة يجب أن يكون مكتوبا كعقد الشركة ذاته) . واعترض أمام لجنة القانون المدني على كلمته «ابتدائي» الواردة في النص، إذ هيَ قد تحدث لبسا ، لأن العمل قد جرى على اعتبار العقود الابتدائية عقوداً نهائية، فوافقت اللجنة على حذف هذه الكلمة دفعاً للبس . ثم وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٢ – ص ٧٦) . وانظر المادة ٢٢ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٦٢ من قانون الالتزامات البولونى .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التي يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانعقاده، وما يجريه قاضى الموضوع من هذا التثبت – في دعوى صحة التعاقد – يجب عليه أن يورده في أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم يغفل هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه، وليمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحقها في الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد في نقل الملكية مجهلا فيه ركن الثمن المقول بأن البيع تم على أساسه . فإنه يكون مشوبا بقصور أسبابه، متعيناً نقضه (نقض مدني في ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص ١١٣).

الذى تكونت من أجله الشركة وعلى حصة كل شريك . وإن كان مقايضة وجب أن يتفقا على الشيئين اللذين يقع فيهما التقايض ؛ وهكذا لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل، فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لا ينعقدان (1).

وتعيين المدة التى يجب فى خلالها إبرام العقد الموعود به ضرورى أيضاً لانعقاد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى ، وهذا التعيين قد يقع صراحة على مدة محددة أو قابلة للتحديد، وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين، فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد. وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكان فى عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك .

١٣٥ – الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى فى العقود الشكلية : وإذا كان العقد الموعود به عقداً شكلياً، كالهبة والرهن الرسمى والشركة، فإن الشكل الذى يعتبر ركناً فيه – ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة – يعتبر أيضاً ركناً فى الوعد بالتعاقد وفى الاتفاق الابتدائى. وهذا ما تقضى به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، فهى تنص على أنه «إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » (١).

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائى الشكل المطلوب وقع باطلاً (٢) . فالوعد بالرهن الرسمى إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية كان باطلا، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً بأن يجبر على إبرام الرهن الرسمى ، لأن هذا يقتضى تدخلا شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن، وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممتنع. ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم على الواعد بالتنفيذ مقام الرهن الرسمى لأن الوعد بالرهن باطل كما قدمنا، ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمى دون ورقة رسمية، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمى يصلان به إلى حكم يقوم مقام الرهن الرسمى .

ولكن يجوز أن يؤدى الوعد بالرهن الرسمى غير المفرغ فى ورقة رسمية إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين تم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاماً شخصياً فى ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص فيؤدى عملا إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمى . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد ضمانه بالرهن، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض (١) .

(١) أنظر هامش فقرة ١٣٤ فى تاريخ هذا النص .

(٢) ويلاحظ أن العقد إذا كان رضائياً ، فإن الوعد بهذا العقد يكون رضائياً مثله ، حتى لو اشترط المتعاقدان عند الوعد بالتعاقد أن يكون العقد النهائى مكتوبا فى ورقة رسمية . ذلك أن الرسمية المطلوبة فى العقد النهائى قد اشترطها المتعاقدان ولم يشترطها القانون ، فالعقد الموعود به هو فى أصله عقد رضائى لا عقد شكلى .

(1) يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقاً للمادة ١٠١ من القانون المدنى أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه فضلا عن المدة التى يجب ابرامه فيها. وذلك حتى يكون السبيل مهيئا لابرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له دون حاجة إلى اتفاق على شئ آخر، والمقصود بالمسائل الجوهرية اركان هذا العقد وشروطه الاساسية التى يرى المتعاقدان الاتفاق عليها، والتى ما كان العقد يتم بدونها .

(جلسة ٢١/٤/١٩٧٣ الطعن ١١ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٦٤٩)

(جلسة ١٢/٤/١٩٨٣ الطعن ١٨٤٥ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ٩٤٨)

(جلسة ١١/٣/١٩٩١ الطعن ١٦٨ لسنة ٦٠ ق)

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «يتناول النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد. ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التمهيدى تحديد المسائل الأساسية فى التعاقد والمدة التى يتم فيها. أما فيما يتعلق بالشكل فلا يشترط وضع خاص – على نقيض التقنين البولونى فهو يشترط الكتابة إطلاقاً فى المادة ٦٢ فقرة ٢ – إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين، ففى هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدى نفسه . ويوجه هذا النظر أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون، ما دام أن الوعد قد يؤدى إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدرا حكما يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها . ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلواً من أى أثر قانونى إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ – ص ٧٥) .

هذا وينتقد الدكتور أبو عافية فى رسالته (التصرف القانونى المجرد نسخة فرنسية ص ٦٠ وما بعدها) القانون الجديد فى أنه جعل الوعد بالعقد الشكلى – إذا لم يفرغ فى الشكل المطلوب – باطلا. وهو يرى وجوب التمييز فى هذا الصدد بين ما إذا كان الشكل قد فرضه القانون لمصلحة العاقدين فيكون الوعد فى هذه الحالة باطلا ، أو فرض لمصلحة الغير حماية لهم من الغش وإبرازاً لإرادة المتعاقدين فيكون الوعد فى هذه الحالة صحيحاً (أنظر فى هذا المعنى قانون الالتزامات السويسرى م ٢٢ فقرة٢)» . ويستند فى ذلك إلى أن القانون هو الذى فرض الشكل وهو الذى يعين جزاءه ، فينبغى أن يكون هذا الجزاء مرناً يتلاءم مع الظروف فى كل حالة ما دام الشكل أمراً خارجاً عن الإرادة ولا يغنى عنها .

ونحن نسلم مع الدكتور أبو عافية بأن الشكل فى القانون الحديث وظيفته خارجية لا داخلة، وأنه لا يغنى عن وجود الإرادة . وعلى هذا الأساس يكون الشكل من صنع القانون ، وهو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يحتج به فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والتوصية. بل إن هذا هو أيضا شأن الشكل ذى الوظيفة الداخلية – كما كان الأمر فى =

١٣٦ – شروط الانعقاد والصحة في العقد الموعود به ومتى تراعى في الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي : ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائي ، فإن شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة قد تكون مطلوبة في عقد الوعد ذاته . ذلك أنه، كما قدمنا، لا يحول في الوعد دون الوصول إلى العقد النهائي إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين (أي اتفاقاً ابتدائياً) .

ويترتب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً للجانبين ، فإن الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائي في كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضاً في الاتفاق الابتدائي . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد، فيجب أن يكون أهلاً للتعاقد النهائي في هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حجر عليه مثلا (١). وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك لأنه لا يلتزم بشئ وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد – أي التمييز – وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحاً .

وسواء كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فإن مشروعية المحل والسبب يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي ، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد .

= القانون الروماني – إذ القانون استقل هنا كذلك بصنع الشكل ، وأمعن في ذلك إلى حد أن استغنى به عن الإرادة .

فإذا رأى المشرع أن يجعل الوعد بالعقد الشكلي شكلياً مثله ، وأن يرتب على الأخلال بهذا الشكل بطلان الوعد – دون تفرقة بين ما إذا كان الشكل لمصلحة المتعاقدين أو لمصلحة الغير وهي تفرقة تدق في كثير من الأحيان – فله ذلك . وهو لا يخل في هذا بسلطان الإرادة ما دام قد ميز الوعد بالعقد وارتفع به عن محض اتفاق ملزم إلى جعله سبيلا للوصول إلى العقد الكامل عن طريق حكم قضائي. إذ لا يجوز في طبيعة الأشياء أن الوعد بعقد شكلي يؤدي مباشرة إلى هذا العقد الشكلي ما لم يكن الوعد ذاته مفرغاً في الشكل المطلوب ، وإلا جاز دائماً التحايل على الشكل .

ولكن لا يجوز للمشرع ، من ناحية مبدأ سلطان الإرادة ، أن ينكر على أي وعد قوته الملزمة حتى لو لم يفرغ في الشكل المطلوب ، لا باعتبار أنه وعد بعقد معين ، بل على أساس أنه اتفاق غير مسمى، وهو ملزم على كل حال. وإنما يجب على المشرع أن ينكر على هذا الاتفاق أن يؤدي مباشرة إلى العقد الشكلي الكامل ما لم يكن مفرغاً في الشكل المطلوب . وهذا هو ما قررته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، وهو ما انتقده الدكتور أبوعافية في رسالته دون نظر إلى الاعتبارات التي قدمناها .

(١) ويشترط طبعاً ألا يقع أي تعديل فيما التزم به الواعد وقت الوعد (أنظر في هذا المعنى ديموج ٢ فقرة ٥٢١ – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٤٥) .

ب – الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٣٧ – مرحلتان يفصلهما حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : إذا انعقد الوعد صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، فإن الأثر الذي يترتب عليه يجب أن نميز فيه بين مرحلتين . فإذا كان الوعد ملزماً للجانبين (اتفاقاً ابتدائياً) فإن حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي هو الذي يفصل ما بين هاتين المرحلتين . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فإن الذي يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي .

١٣٨ – قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : ففي المرحلة التي تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حقوقاً شخصية ولا يرتب إلا التزامات ، حتى لو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما في البيع .

يتبين من ذلك في الاتفاق الابتدائي (الوعد الملزم للجانبين)، فإن كلا من الطرفين يكون ملزماً ، في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي، بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد ، وهذا التزام بعمل . ويتبين ذلك أيضاً في الوعد الملزم لجانب واحد، فإن الواعد وحده يترتب في ذمته التزام شخصي أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له، وهذا أيضاً هو التزام بعمل ، أما الموعود له فلا يلتزم بشئ .

فإذا كان العقد النهائي المراد إبرامه هو عقد بيع ، وتم اتفاق ابتدائي ملزما للجانبين على عقده، أو تم وعد ملزم لجانب واحد ، فإن الموعود له بالبيع في الحالتين لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد، ولا تنتقل إليه ملكية الشئ الموعود ببيعه. ويترتب على ذلك أمران لا يخلوان من أهمية عملية :

(أولا) يبقى الواعد مالكاً للشئ . فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي، ويسري تصرف الواعد في حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار. فإذا باع العين وسجل البيع ، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد .

(ثانياً) إذا هلك الشئ قضاء وقدراً تحمل الواعد تبعة هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما في العقد النهائي، بل أيضاً لأنه لا يزال المالك . ولكنه لا يكون مسئولاً عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشئ قد هلك قضاء وقدراً (١) .

١٣٩ – بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : أما المرحلة الثانية فتحل ، في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين ، بحلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي . فإذا حل هذا الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي ، وجاز إجبار على التنفيذ عيناً على النحو الذي سنبينه

---

(١) وكهلاك الشئ نزع ملكيته ، يتحمل الواعد تبعته، ولكن لا يكون مسئولا عن الضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض العين للمنفعة العامة، لأن نزع ملكية المبيع يجرى عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتما على المال، وبحكم اللزوم العقلي لا يضمن عنه الواعد بالبيع (نقض مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ ص ٢٤٠).

فيما يلى . ومتى وقع التعاقد النهائي التزم كل من المتعاقدين بأحكامه [1] .

وتحل المرحلة الثانية في الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به وذلك في خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة سقط الوعد بالتعاقد . أما إذا ظهرت ، صراحة أو ضمناً كأن تصرف الموعود له في الشئ الموعود ببيعه إياه ، فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد [2] . ويعتبر التعاقد النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد .

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائي تدخلا شخصياً من الواعد ، في حالتي الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد ، كما إذا كان هذا العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم التصديق على إمضاء البائع تمهيداً للتسجيل ، فامتنع البائع عن ذلك، جاز استصدار حكم ضده، وقام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى مقام عقد البيع ، فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشترى . ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلي إذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكل المطلوب ، فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد . بل يقتصر القاضي على الحكم بالتعويض . أما إذا كان الوعد بعقد شكلي قد استوفى الشكل الواجب، فإن الحكم في هذه الحالة يقوم مقام العقد . وهذه الأحكام نص عليها القانون المدني الجديد صراحة في المادة ١٠٢ ، فهي تقضي بأنه «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل، متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد» [3] .

---

(١) وإذا اختلف العقد النهائي عن الاتفاق الابتدائي فالعبرة بالعقد النهائي فهو الذى تم عليه الاتفاق نهائيا. وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لهذه القاعدة ، بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة لمعرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذى اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذى يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق الطرفان على أن لأحدهما الخيار في مدة معينة في أن يشترى العين، فإن صاحب الخيار لا يتحلل من التضمينات إلا عند عدم قبول التعاقد في الفترة المحددة للاختيار. أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسئولا عن تنفيذه وملزماً بالتضمينات في حالة عدم التنفيذ (نقض مدنى في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠) .

(٣) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٥١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «إذا وعد شخص بإبرام عقد ، وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للمحكمة أن تحدد له أجلا للتنفيذ إن طلب المتعاقد الآخر ذلك ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل، متوافرة . فإذا لم يتم إبرام العقد في الأجل المحدد، يقوم الحكم ، متى حاز قوة الشئ المحكوم فيه، مقام العقد». و[illegible] النص في لجنة المراجعة لوحظ أن هذه المادة لا تعرض للحالة التى يوجد فيها عقد يسمى خطأ [illegible] الابتدائي وهو في الواقع عقد نهائي، لأن هذه الحالة منصوص عليها في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدى (تقابل المادة ٢١٠ من القانون الجديد) ، وإنما يعرض النص لحالة ما إذا وجد عقد ابتدائي بالمعنى الصحيح يتلوه عقد نهائي ، لا سيما إذا كان العقد من العقود الشكلية كالرهن الرسمي، فإذا وجد وعد برهن رسمي مثلا ، وكان هذا الوعد قد استوفى الشروط الشكلية، جاز إذا لم ينفذ الواعد

٢ – العربون

(Les arrhes)

١٤٠ – **العربون ودلالته في القوانين الأجنبية** : يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال – يكون عادة من النقد – يسمى العربون . وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار، فيدفع المشترى للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة . ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر ، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون .

وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدلالتين المتعارضتين . فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول [1] ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت [2] ، وغنى عن البيان أن كلتا الدلالتين قابلة لإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالته المفروضة وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان .

١٤١ – **العربون في القانون المدني القديم** : لم يرد نص عن هذه المسألة في القانون المدني القديم ، فكان القضاء المصرى يتردد بين الدلالتين [3] . وكان في ذلك يأخذ

= وعده أن يجبر على ذلك ، ويقوم الحكم مقام العقد النهائي . وهذا الحكم ليس مقطوعاً به في القانون الحالي فوجب النص حتى يزول كل شك . فأثير اعتراض على تحديد أجل التنفيذ، واستقر الرأى بعد المناقشة على حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة في نصها النهائي كما يأتي : «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم ، متى حاز قو الشئ المقضى به، مقام العقد». وأصبح رقم المادة ١٠٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لتمام العقد» بعبارة «لصحة العقد»، وأصبح رقم المادة ١٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧ – ٧٩) – أنظر أيضا المادة ٦٢ الفقرة الثالثة من القانون البولوني .

(١) أنظر مثلا المادة ١٥٨٨ من القانون الفرنسي والمادة ١٢١٧ من القانون الإيطالي القديم . ومع ذلك انظر المادة ١٧٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي .

(٢) أنظر المادة ٣٣٦ من القانون الألماني ١٥٨ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٧٤ من القانون البولوني .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط العربون لا يدل على جواز العدول بل على إثبات حق الفسخ مع تحديد التعويض الواجب عند التخلف عن الوفاء (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ – ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٤) ، على أن المشترى الذى يفقد العربون بسبب التخلف عن تنفيذ العقد لا يحق له إقامة الدليل على أن البائع لم يصبه ضرر من جراء ذلك على نقيض ما يجرى بشأن الشرط الجزائي (١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ – أول فبراير سنة ١٩٢٢م ٣٤ ص ١٤٢)، وقضت كذلك بأن العربون قد يدل على الثبات (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥).

وفي دعاوى أخرى قضت المحاكم المصرية بأن العربون في حالة الشك يدل على جواز العدول =

بنية المتعاقدين [1] . ويفسر هذه النية عند غموضها في ظل العرف الجاري . والظاهر أن العرف في مصر يميز بين البيع والإيجار . ففي البيع تكون دلالة العربون في العقد الابتدائي جواز العدول وفي العقد النهائي التأكيد والبت [2] . أما في الإيجار فالعربون دليل على التأكيد والبت لا على جواز العدول، ويعتبر تعجيلا لجزء من الأجرة تنفيذاً للعقد .

١٤٢ – العربون في القانون المدني الجديد : أخذ القانون المدني الجديد، حسما للخلاف والتردد ، بدلالة جواز العدول . ومن هنا كان العقد المقترن بعربون مرحلة غير باتة في التعاقد النهائي ، إذ يجوز العدول عنه .

وقد نصت المادة ١٠٣ من القانون الجديد على ما يأتي :

«١ – دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك» .

= (محكمة استئناف مصر الوطنية في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ – القضاء المستعجل في ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٢ ص ١١١ – محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين، فلا يجوز العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يعين وقت لجواز العدول فيجوز العدول إلى وقت التنفيذ .وبأنه لا تجوز إساءة استعمال الحق في العدول ، فالبائع الذي أظهر نيته في أن يمضي في العقد دون استعمال حقه في العدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها ثم عدل بعد ذلك فجأة لا يقتصر على خسارة العربون بل يجب أيضا أن يدفع تعويضا لإساءته استعمال حقه في العدول (٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد، وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرما بينهما على وجه نهائي ، وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق في إمضاء العقد أو نقضه ، ونية العاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انعقدت على تمامه ، وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عربون ما هو في الواقع إلا قيمة التعويض الذي اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به، وكان ما استظهره محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتمله عباراته ، فذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدني في ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز العدول عنه ، تترك لتفسير نية المتعاقدين (٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧).

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا دفع العربون وقت تحرير العقد الابتدائي كان هذا دليلا على جواز العدول ، أما إذا دفع عند تحرير العقد النهائي فلا يجوز العدول (٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩) – وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون في العقد الابتدائي دليل على جواز العدول ، وفي العقد النهائي دليل على الثبات : ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ (عقد ابتدائي) – ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ – ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ – ١١ أبريل سنة ٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٢ – ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ (عقد نهائي) – ٥ أبريل ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ (وهو الحكم التي سبقت الإشارة إليه) – محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣) .

«٢ – فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر» [1] .

ويتبين من هذا النص أنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقد ، ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه إنما دفع لتأكيد البتات في العقد ، كان دفعه دليلا على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن العقد [I] ، يستوي في ذلك البيع والإيجار وأي

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٥٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «١ – يكون العربون المدفوع وقت إبرام العقد دليلا على أن العقد أصبح باتاً على أنه يجوز العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك ٢ – فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد، فللمتعاقد الآخر أن يختار بين التنفيذ والفسخ . وله في حالة الفسخ أن يحتفظ بالعربون الذي قبضه أو أن يطالب بضعف العربون الذي دفعه ، حتى لو لم يلحق به الفسخ أي ضرر . هذا مع عدم الإخلال بحقه في استكمال التعويض إن اقتضى الأمر ذلك . ٣ – ويسري حكم هذه المادة أيا كانت الألفاظ التي عبر بها المتعاقدان عن العربون» . ولما تلى النص في لجنة المراجعة أقرته اللجنة في المشروع النهائي تحت رقم ١٠٥ بعد إبدال نص الفقرة الأولى بالنص الآتي : «١ – دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن العقد بات لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك» . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ نوقشت المادة تفصيلا، ورأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ما قررته، وقالت في تقريرها ما يأتي : «رأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ما قررته المادة تمشيا مع العرف، فعدلت الفقرة الأولى باستبدال عبارة «لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه» ، بعبارة «العقد بات لا يجوز العدول عنه» ، وحذف عبارة «أو العرف» لزوال وجه الحاجة إليها بعد التعديل ، واستعاضت عن الفقرة الثانية بالنص الآتي : «فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، ولو لم يترتب على العدول ضرر» . وقد صدرت اللجنة في هذه الإضافة عن وجوب التمشي مع العرف، ولم تر محلا للابقاء على الفقرة الثالثة فحذفتها تاركة أمر تفسير نية المتعاقدين لتقدير القاضي . وأصبح النص كالآتي : «١ – دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ – فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه. هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر» . وأصبح رقم المادة ١٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ – ص ٨٩ – وراجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في ص ٨١ – ص ٨٤) .

هذا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصين آخرين ، هما المادتان ١٥٣ و ١٤٥ من هذا المشروع. فنصت المادة ١٥٣ على ما يأتي :

«١ – إذا نفذ الالتزام الذي أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ – ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسئولا عنها ، أو إذا فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما» . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ونصت المادة ١٥٤ على ما يأتي : «إذا اتفق المتعاقدان على أن العربون دليل على جواز العدول عن العقد، كان لكل منهما حق العدول، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رد ضعفه» وقد حذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا النص بناء على تعديل المادة ١٠٣ من القانون على الوجه السابق الذكر . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ – ص ٨٢ في الهامش) .

(I) مقتضى نص المادة ١٠٣ من القانون المدني أن دفع العربون وقت إبرام العقد ، يدل على جواز العدول عن البيع، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على أن دفع العربون قصد به تأكيد العقد، فيعتبر المدفوع تنفيذاً له وجزءا من الثمن .

(جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ الطعن ٥٥٦ لسنة ٣٥ ق س ٢١ ص ٣٤٤)

(جلسة ١٩٨٣/٦/١٦ الطعن ٩١ لسنة ٥٠ ق)

عقد آخر . فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد في خلال المدة التي يجوز فيها العدول، أصبح العقد باتاً ، واعتبر العربون تنفيذاً جزئيا له ، ووجب استكمال التنفيذ. أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه في المدة التي يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول . فإذا كان هو الذى دفع العربون فإنه يفقده ، ويصبح العربون حقاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذى عدل هو الذى قبض العربون ، فإنه يرده ويرد مثله، أى يرد ضعفيه [(١)] ، للطرف الآخر ، حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد . ويلاحظ أن النص يرتب التزاماً بدفع قيمة العربون في ذمة الطرف الذى عدل عن العقد، لا تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص ، بل تفسيراً لنية المتعاقدين، فقد فرض المشرع أن المتعاقدين أرادا إثبات حق العدول لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قدر العربون ، فجعلا العربون مقابل لحق العدول . وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذى ينشأ عن الإخلال بالعقد، ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، بل جاز له ألا يحكم به أصلا إذا لم يلحق الدائن أى ضرر . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في الشرط الجزائي [(٢)] .

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد،

(١) الصحيح لغة «ضعفيه» كما ورد في نص القانون . فالضعف هو المثل، والمثلان ضعفان لا ضعف واحد. وضعف الشئ مثله في المقدار أو مثله وزيادة غير محصورة . وقد اختار القانون الجديد أن يقول الضعف وهو يريد الضعفين ، مؤثراً ذلك الخطأ المشهور على هذا الصواب المهجور، حتى يتجنب اللبس في صدد نصوص تشريعية الخطأ في تطبيقها يؤدى إلى نتائج عملية خطيرة .

(٢) أنظر المواد ٢٢٣ – ٢٢٥ من القانون الجديد . ويختلف العربون عن الشرط الجزائي أيضا في التكييف القانوني .

فالعربون الذى يدفع في مقابل العدول عن العقد يمكن تكييفه بأنه البدل في التزام بدلي. ويكون المدين ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في بالعقد ودائناً بالحق الذى يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون (م ٢٧٨) . ومؤدى ذلك أن العدول في حالة دفع العربون لا يكون عن العقد في جملته ، بل عن الالتزام الأصلي والحق المقابل له ، والعربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد في أحد شطريه وهو البدل ، لا عدول عنه في جملته .

أما الشرط الجزائي فكالتعويض تماماً ، بل هو تعويض مقدر اتفق عليه المتعاقدان مقدماً. فالتكييف القانوني للشرط الجزائي هو ذات التكييف القانوني للتعويض . ولا يجوز القول بأن التعويض بدل في التزام بدلي، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن . ولا هو أحد المحلين في التزام تخييري، فالمدين لا يخير بينه وبين التنفيذ العيني إذا أراد الدائن هذا التنفيذ وكان ممكناً ، ولا خيار للدائن كذلك بين المحلين إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني .

ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكماله . وتجرى على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العينى أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضرورى أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامة الضرر .

المبحث الثاني

صحة التراضي

١٤٣ – الأهلية وعيوب الإرادة : كل ما قدمناه إنما هو في وجود التراضي. ولا يكفى أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً [(1)] . والتراضي لا يكون صحيحا إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب [(١)] . وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام في الأهلية ، ثم في عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الأهلية*

(La capacité)

١٤٤ – القانون القديم والقانون الجديد : اقتصر القانون القديم في الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م ١٢٩ – ١٨٩/١٣٠ – ١٩٠ قديم) ، ثم ذكر أن الجزاء مع نقص الأهلية هو إبطال العقد (م ١٣١-١٩١/١٣٢ – ١٨٢ قديم) .

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً هو المادة ١٦٢ من هذا المشروع يجرى بما يأتي : «يجوز إبطال العقد : أولا: لعدم توافر الأهلية في المتعاقدين أو في أحدهما . ثانياً : لعيب في الرضاء» . ولما تلى هذا النص في لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه يعدد حالات منصوصاً عليها في المواد التالية، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٠ في الهامش) .

(1) المقصود بالرضاء الصحيح هو كون المتصرف مميزا يعقل معنى التصرف ويقصده ، أى أن يكون مدركاً ماهية العقد والتزاماته فيه وتكون له ارادة حقه لقيام الالتزام ، لأن الإرادة ركن من الاركان الأساسية لأى تصرف قانوني وبدونها لا يصح التصرف .

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٣ الطعن ١١٦٨ لسنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٣٤/٣/٨ الطعن ٦٦ لسنة ٣ ق)

* بعض المراجع : ديموج ٢ فقرة ٦٦١ وما بعدها – كابيتان في مقدمة القانون ص ١٤٤ وما بعدها – بنكاز تكملة مبسوط بودرى جزء ٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ١٤٥ وما بعدها – فتحى زغلول في شرح القانون المدنى ص ٢٦ وما بعدها – التلويح والتوضيح ٢ ص ٧٢٦ وما بعدها – مرشد الحيران ٢٦٨ – ٢٨٤ – شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٥٣٤ وما بعدها – مقال للأستاذ أحمد ابراهيم =

أما القانون الجديد فقد عرض لأحكام الأهلية في شئ من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الصادر في ١٣ يولية سنة ١٩٤٧ وقد ألغى القانون المذكور وحل محله المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بإحكام الولاية على المال في كثير من الأحكام التي تطبق على جميع المصريين، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطر من قانون الأحوال الشخصية ثم توحيده للمصريين كافة . أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين الجنسيات التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م ١١ جديد) [(١)] .

ونبحث في إيجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم ننتقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون الجديد .

§ ١ – النظرية العامة في الأهلية

١٤٥ – أهليـة الوجـوب : يميز الفقهاء بين إهلية الوجوب (capacité de jouissance) وأهلية الأداء (capacité d'exercice).

ويعرف علماء أصول الفقه الإسلامي أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية . فالشخص ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً، إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل إنسان – بعد أن أبطل الرق – شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب . وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً ، إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك

= بك في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولي – مقال للأستاذ عزيز بك خانكي في بيع عقارات القصر (الشرائع ٤ ص ١٩٢ – ص ٢٠٧) . مقال للأستاذ حافظ رمضان (باشا) في تصرفات المحجور عليه قبل وبعد الحجر في المحاماة السنة الأولي – مقال للأستاذ أحمد نشأت بك في العته الموجب للحجر في المحاماة السنة الرابعة – والتون ٢ ص ٣٤٧ وما بعدها – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣١٦ وما بعدها – الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٨٣ وما بعدها – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٣٨ وما بعدها .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في نظرة عامة في الأهلية ما يأتي : «اكتفى في أهلية التعاقد بالنص على اعتبار الشخص أهلا للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته ، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لانعدام الأهلية أو نقصها من أثر في صحة الرضاء. أما التفصيلات فموضعها القوانين الخاصة بذلك . ولم ير محل للابقاء على نص المادة ١٨٩/١٢٩ من التقنين الحالي لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهي مسألة من مسائل التنظيم الموضوعي . أما المادة ١٩٠/١٣٠ من التقنين الحالي، وهي الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأهلية، والمادتان ١٣١ – ١٠١/١٣٢ – ١٩٢ الخاصتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب ، فقد حلت في المشروع مكانها الطبيعي ، فوضعت الأولى بين قواعد تنازع القوانين في النصوص التمهيدية ، والمادتان الاخريان وردتا في سياق قواعد البطلان» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩) .

حين تصفية تركته وسداد ديونه . وكذلك الشخص الاعتباري شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية ليست في الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالجنين يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية، وكالشركة بعد أن تصفى، وكالرقيق في القوانين التي كانت تبيح الرق، وكمن يحكم عليه بالموت المدني في القوانين التي كانت تبيح ذلك ، وكالراهب في قوانين بعض الطوائف الدينية [(١)] .

١٤٦ – أهلية الأداء : وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق . ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون مستمتعاً بالحق ، وهذه هي أهلية الوجوب . دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هي أهلية الأداء . ويتبين من ذلك أنه

(١) هذا وقد صدر حكمان متناقضان من محكمة استئناف مصر الوطنية ، أحدهما يعترف بالقوانين المسيحية في الرهبنة ويطبقها على إنها عادة لها قوة القانون (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المحاماه ١٢ رقم ٣٦٤ ص ٧٤٤) ، والحكم الثاني يقضي بعكس ما قضى به الحكم الأول ، فيعتبر قوانين الرهبنة قوانين دينية محضة لا يعترف بها القانون ، وهي مخالفة لقوانين الأهلية التي تعتبر من النظام العام، وأن مجرد الرهبنة لا ينقل مال الراهب إلى الدير بل لابد من اتخاذ الطريق القانونية لذلك كأن توهب للدير أو توقف عليه (٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٥ ص ٧٤٦) .

ثم صدر حكم من محكمة النقض يقضي بأن الرهبنة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية في مصر، وقد اعترفت به الحكومة المصرية إذ اختصت الرهبان ببعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية ، والقانون في المادة ١٤ من الأمر العالي الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب واختصاصات المجلس الملي لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن للرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الأحكام أن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهبنة يعتبر ملكاً للبيعة التي كرس حياته لخدمتها . ويترتب على ذلك أن الأموال التي تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكاً للبيعة . فالحكم المطعون فيه إذ عد المطران مالكاً لما اشتراه وقت أن كان شاغلا منصبه الديني لمجرد أن العقود صادرة له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة قد أخطأ في عدم الأخذ بالقواعد الكنسية المحددة للعلاقة المالية بين الرهبان والكنيسة حالة كونها قانون الطرفين (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١) .

والظاهر من هذه الأحكام أنه يجب التمييز بين : (أولا) ما يملكه الراهب قبل دخول في الرهبنة – وكذلك ما يملكه حتى بعد دخوله الرهبنة عن ميراث أو وصية – فهذا يبقى ملكاً خاصاً له يورث عنه لأن شخصية الراهب لا تنعدم بدخوله سلك الرهبنة فإن ذلك مخالف للنظام العام . (ثانياً) ما يملكه بعد دخوله في سلك الرهبنة عن غير طريق الميراث أو الوصية ، فهذا يكون ملكاً للكنيسة ، لا لأن شخصيته انعدمت ، بل لأنه يعتبر ، طبقاً لقوانين الكنيسة التي تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام، نائباً عن الكنيسة في تملكه هذه الأموال . ويؤيد هذا التمييز ما ورد في كتاب القوانين لابن العسال (طبعة سنة ١٩٢٧ ص ٣١٥) : «وليكن معروفاً ما للأسقف إن كان له شئ ، وليكن معروفاً ما للبيعة، لكي ما يكون له سلطان على ما كان له ليطيع فيه ربه ما أحب ويورثه لمن أراد ... فأما ما اقتناه بعد الأسقفية فهو للبيعة ، ليس له أن يوصي في شئ منه إلا ما صار إليه من ميراث من والديه أو إخوة أو أعمام» .

يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلا تاماً . والذى يعنينا هنا هو أهلية الأداء، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هي المقصودة .

ويمكـن تقسيم العقـود من حيـث الأهليـة إلى أقسـام أربعة : ١ – عقود اغتناء، وهي عقود يغتني من يباشرها دون أن يدفـع عوضاً لذلك كالهبـة بالنسبة إلى الموهوب له . ٢ – عقـود إدارة ، وهـي عقـود ترد علـى الشئ لاستغـلاله كالإيجـار بالنسبة إلى المؤجر. ٣ – عقـود تصـرف ، وترد على الشئ للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشترى. ٤– عقود تبرع ، وترد على الشئ للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة إلى الواهب .

فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود. ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء وعقـود الإدارة ، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ، ولا يصلح أصلاً لمباشرة عقود التبرع . وقد تكون الأهلية معدومة كما هي حال الصبي غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أى قسم من هذه الأقسام الأربعة .

١٤٧ – تمحيص الأهلية بتمييزها عن غيرها مما يلتبس بها : الأهلية مناطها التمييز[1] لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز . فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته .

ويجب التفريق بين الأهلية والولاية على المال. فالأهلية هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغيّر . مثل ذلك الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والغائب ، فلا يقال إن الولي له أهلية التصرف في مال الصغير ، بل يقال أن له ولاية التصرف في هذا المال . فالولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

كذلك يجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله ، ويرجع ذلك لنقص في التمييز عنده . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في الأهلية عنده راجع إلى نقص في التمييز ، بل لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف .

ويجب التفـريق أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ، ولا يرجع ذلك لنقص في التمييز عند الشخص الممنوع كما في نقص الأهلية ، ولا لعدم قابلية المال للتصرف . مثل ذلك منع الشخص من أن يبيع ماله في مرض الموت إلا في حدود معينة ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الورثة ، ومنع الزوجة في بعض الشرائع من التصرف إلا بإذن زوجها ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الشركة المالية ما بين الزوجين ورئيسها الزوج . فإذا زال المانع صح التصرف ، كما إذا أجازت الورثة في الحالة الأولى أو انفصمت عرى الزوجية في الحالـة الثانيـة . ويلاحـظ أن المنع مـن التصرف يلحق

الشخص ، أما عدم القابلية للتصرف فيلحق المال [1] .

١٤٨ – الأصل في الشخص أن يكون ذا أهلية : والمفروض في الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يسلـب القانون أهليتـه أو يحـد منهـا . وهـذا ما قضت به المادة ١٠٩ نصت على أن «كل شـخص أهـل للتـعـاقـد ما لم تسلب أهليتـه أو يحد منهـا بحكم القانون»[2] .

فعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه [3] . فإذا نجح في إثبات عدم أهليته كان أن يبطل العقد الذى صدر منه . ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كـان يعتقـد أن المتعاقـد معه ذو أهلية [4] . أمـا إذا لجأ ناقص الأهليـة إلى طرق احتيـالية ليخفى نقص

(١) ونرى أن الغائب إذا أقيم له وكيل ، والمحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا نصب له قيم ، ومن تقررت له المساعدة القضائية إذا عين له مساعد ، فإن ذلك لا يرجع إلى انعدام الأهلية في هؤلاء . أما ما يقال عادة من أهلية الشخص للالتزام بالعمل غير المشروع أو بالإثراء دون سبب فليس تعبيراً دقيقاً . لأن الأصل أن يلتزم الشخص متى وجد مصدر الالتزام . فإن كان هذا المصدر هو العقد (أو العمل القانوني بوجه عام) فمن شروطه الأهلية ، ومناطها التمييز كما قدمنا . وإن كان المصدر هو العمل غير المشروع فلابد من خطأ ، ومن شروط الخطأ التمييز ، فالتمييز ركن في الخطأ ، وقد لا يكون مطلوباً في بعض الأحوال فيسأل غير المميز عن عمله الضار. أما الالتزام بالإثراء دون سبب فيبقى على الأصل، ولا يشترط فيه التمييز . ولكن أصبح من المألوف التحدث عن الأهلية في هذه المواضع، وقد جارينا هذا المألوف في بعض الأحيان .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٦٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : «يكون أهلا للتعاقد كل من لا يقرر القانون عدم أهليته» . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته كما يأتي: «كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها» ، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم ١١٢ . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة «ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها» لأن القانون لا يسلب الأهلية، فقد يكون الشخص مجنوناً لم يحجر عليه بعد ويكون مع ذلك أهلا للتعاقد، فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : «كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون»، وأصبح رقم المادة ١٠٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩ – ص ١١٢) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الأصل في الرجل الرشد وفقد الأهلية عارض، ولذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة نافذة إلا إذ أثبت مدعي الخلاف طروء عارض فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد (١٨ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٩١ – ٢١ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٧ ص ٢٢٥) – أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٦، وفي ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦.

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجب على من يتعاقد مع الغير أن يتحرى عن أهلية من تعاقد معه حتى يتأكد من صحة التعاقد ، وإلا فعليه أن يتحمل تبعة تقصيره وإهماله . فلا يجوز لمن اشترى عقاراً من شخص قرر المجلس الحسبي استمرار الوصاية عليه بعد بلوغه سن الثماني عشرة سنة أن يتمسك بصحة عقد البيع ارتكاناً على أن ذلك القرار لم ينشر بالجريدة الرسمية (١٥ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٦٢ . وانظر أيضاً محكمة بني سويف الابتدائية في ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٢٤) .

أهليتـه ، فـمـع أن لـه أن يطلب إبطال العقـد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسـئولا عن التعويض للغش الذى صدر منه . وهذا ما تقضى به المادة ١١٩ إذ تنص على أنه «يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته» [1] . ولا يكفى لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين ، وهو يؤكد كمال أهليته ، بطرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد . وهذا الذى قضى به النص الصريح فى القانون الجديـد كان القضاء المصرى يعمل به فى القانون القديم تطبيقاً للقواعد العامة [2] .

١٤٩ – أحكام الأهلية من النظام العام : وأحكام الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده ، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها . وكل اتفاق على شئ من ذلك يكون باطلا . وإلى تشير المادة ٤٨ من القانون الجديد إذ تنص على أنه «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها» .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٦٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى قصره ، أما اقتصر على أن يقرر أنه بلغ سن الرشد فإن ذلك لا يمنعه من التمسك بالبطلان» . وفى لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع بعد حذف المادة ١٦٢ يكون غفلا من نص يجيز لناقص الأهلية إبطال العقد ، فينبغى أن يثبت هذا الحكم فى صدر هذه المادة ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على أن تعدل المادة على الوجه الآتى : «يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى قصره» . وأصبح رقم المادة ١٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ورأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أن تستعيض عن عبارة «ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته إلخ» بعبارة «وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته» . فالمسألة تتعلق بتقرير الجزاء على التجاء القاصر (وغيره من ناقصى الأهلية) إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، ولم تر اللجنة أن يكون الجزاء حرمان القاصر من حق طلب الإبطال وإنما آثرت أن تجرى القواعد العامة المتعلقة بالمسئولية التقصيرية وجعلت الجزاء قاصراً على الحكم بالتعويض. وأصبح رقم المادة ١١٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٣ – ص ١٣٨) .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٧ – وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه فيها بتعويضه عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التى تعاقد معه عليها ودفع له جزءاً من ثمنها ، مدعيا أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية فى حين أنه كان محجوراً عليه ، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استبانته من ظروف الدعوى ووقائعها من أن كل ما وقع من البائع هو أنه تظاهر للمشترى أنه كامل الأهلية وهذا لا يعدو أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءلة مقترفه شخصياً ، فلا شأن لمحكمة النقض معها فى ذلك ما دامت الوقائع الثابتة فى الدعوى مؤدية فعلا إليه (نقض جنائى ٤ مايو سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٤٩ ص ٣٤٨. وانظر أيضاً فى هذا المعنى نقض مدنى فى ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٨ ص ٣٥٢) .

٢ – أحكام الأهلية

فى القانون المدنى الجديد وقانون الولاية على المال

١٥٠ – العوامل التى تتأثر بها الأهلية : لما كانت اهلية الأداء مناطها التمييز كما قدمنا ، فهى تتأثر بالسن دائماً . وقد تتأثر بعوارض تقع أو لا تقع من شأنها أن تؤثر فى التمييز ، كالجنون والعته والغفلة [1] .

أ – تأثر الأهلية بالسن

١٥١ – الأدوار الطبيعية فى حياة الإنسان : الأدوار الطبيعية التى يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت أدوار ثلاثة : ١ – من وقت ولادته إلى سن التمييز ٢ – من سن التمييز إلى سن البلوغ . ٣ – من سن البلوغ إلى الموت .

١٥٢ – الصبى غير المميز : تقدر سن التمييز بسبع سنوات . وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز معدوم الأهلية (م ٤٥ فقرة ٢) . وقد نصت المادة ١١٠ على أنه «ليس للصبى غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة» [2] . فالصبى غير المميز لا يستطيع أن يباشر أى عقد . وليس هذا مقصوراً على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة ، بل يمتد أيضاً إلى عقود الاغتناء ، فلا يستطيع الصبى غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز ، فلا تكون لإرادته أثر .

وتثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه .

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً هو المادة ١٦٤ من هذا المشروع ، جرت بما يأتى : «يرجع إلى قانون الأحوال الشخصية فى تحديد ما يكون لانعدام أهلية الأداء أو نقصها من أثر فى صحة الرضاء» . ولما تلى هذا النص فى لجنة المراجعة ، ذكر أن المادة بالحالة التى هى عليها لا تؤدى المعنى المقصود ، فليس المراد وضع قاعدة لتنازع القوانين ، بل المراد الإشارة إلى قانون المجالس الحسبية الواجب التطبيق فى هذه الأحوال . واقترح تعديل المادة كما يأتى : «ينظم الأهلية قانون خاص» . ثم رأت اللجنة حذف هذا النص والاستعاضة عنه بالمواد ١١٣ – ١١٨ فى المشروع النهائى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ – ص ١١٣ فى الهامش) .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم ١١٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قيل إن حكم هذه المادة والمواد التى تليها من صميم قواعد الأحوال الشخصية ، فما الحكمة فى إيرادها هنا فى القانون المدنى ؟ وسئل هل هذه النصوص تسرى على الأجانب؟ فأجيب أن المشرع أراد بوضع هذه الأحكام فى صلب القانون المدنى عدم الرجوع إلى أحكامها فى الشريعة الإسلامية، وقد احتاط المشرع فى قانون المحاكم الحسبية بإيراد نص يفيد عدم نفاذ أحكامه على الأجانب ، هذا فضلا عن أنه يستفاد من المبادئ العامة التى نص عليها فى الباب الأول من مشروع القانون المعروض أنها تتضمن أحكاما عامة تسرى على الأجانب إلا فيما يختص بسن الرشد . أما سن التمييز وهو سن الأهلية العقلية فأحكامه تسرى على الأجانب . وقد وافقت اللجنة على المادة ١١٣ دون تعديل وأصبح رقمها ١١٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ – ص ١١٤) .

وولى الصغير هو الأب ثم الجد الصحيح . وبهذا تقضى المادة ١ من قانون الولاية على المال إذ تنص على أن «للأب ثم للجد الصحيح (١) إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة» . فإذا لم يكن للصغير ولى ، ولم يعين الأب وصياً مختاراً (٢) ، تعين المحكمة وصيا، وهذا ما تقضى به المادة ٢٩ من قانون الولاية على المال إذ تنص على أنه إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكين وصى مختار تعين المحكمة وصيا» .

أما الحدود التي يتصرف في نطاقها الولى والوصى فى مال القاصر فمرسومة فى قانون الولاية على المال وفى قواعد الشريعة الاسلامية، وإلى هذا تشير المادة ١١٨ من القانون المدنى إذ تنص على أن «التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التى يرسمها القانون» (٣) . وكذلك تنص المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه «يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة فى القانون» .

فالولى أن يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء ، مع وجوب الحصول على اذن المحكمة إذا كانت الهبة أو الوصية محملة بالتزامات معينة (م ١٢ من قانون الولاية على المال) كما يباشر أهلية الإدارة وأهلية التصرف حتى بالغبن اليسير ، ولكن الغبن الفاحش لا يجوز، أما أهلية التبرع فلا يستطيع الولى أن يباشرها ، إلا أن يكون التبرع لأداء واجب انسانى أو عائلى وأذنت به المحكمة . (انظر المادة ٥ من قانون الولاية على المال) ، ويجوز للمحكمة أن تحد من ولاية الولى أو أن تسلبه أياها» واذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر أو خيف عليها منه» (م ٢٠ من قانون الولاية على المال) .

---

(١) الظاهر أن الأب إذا كان قاصراً ووليه أبوه ، فولاية الولى تشمل الأب وولده معاً ، فيكون جد الولد هو وليه مع وجود أبيه لأن هذا قاصر .

(٢) قضت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ باحكام الولاية على المال بأن الولاية على القاصر بعد الأب للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر، وهناك خلاف فى المذهب الحنفى هل يتقدم الجد على وصى الأب أو وصى الأب هو الذى يتقدم ، فيأخذ الإمام محمد بالرأى الأول، ويذهب الإمام الأكبر إلى الرأى الثانى . وكان القضاء المصرى فى مجموعه قبل صدور قانون المحاكم الحسبية الجديد يأخذ برأى الإمام الأكبر ويقدم وصى الأب على الجد (محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٣ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٦٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٧٤٧ – المجلس الحسبى العالى فى ١٩ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٣ ص ٣٧ . وانظر حكما قضى بعكس ذلك فقدم الجد على وصى الأب من محكمة الاستئناف الوطنية فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ١٢ والقضاء ٢ ص ١٣٣) .

(٣) **تاريخ النص** : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١٢٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٢ – ص ١٣٣) .

وولاية الوصى – اختاره الأب أو أقامة القاضى – أضيق من ولاية الولى . فهو يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء فيقبل عنه الهبات ، إلا إذا كانت مقترنة بشرط فيجب إذن المحكمة فى القبول أو الرفض ، ويباشر أهلية الإدارة ولكن لابد من إذن المحكمة فى ايجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنه فى المبانى ، وفى ايجار أموال القاصر لنفسه أو لزوجة أو لأحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه ، وفى استثمار الأموال وتصنيفها واقتراض مال القاصر وإقراضه أو فى الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلاإذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ وفيما يصرف فى تزويج القاصر أو فى تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والانفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة وفى الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر (المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال) ويباشر أهلية التصرف بإذن من المحكمة وذلك بالنسبة لجميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة، وأيضاً التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة . التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها والتنازل عن التأمينات واضعافها (انظر فى كل ذلك المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال) .

أما أهلية التبرع فلا يستطيع الوصى أن يباشرها إلا بإذن المحكمة وإلى هذا تشير المادة ٣٨ من قانون الولاية على المال إذ تنص على أن «لا يجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لاداء واجب انسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة» .

١٥٣ – الصبى المميز : يعتبر الصبى مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز أى سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد أى سن الإحدى والعشرين . وتنص المادة ٦ على أنه «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون» . ويقرر القانون فى المادة ١١١ أحكام تصرفات الصبى المميز على النحو الآتى :

«١ – إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً» .

«٢ – أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر. ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقا للقانون» (١) .

---

(١) **تاريخ النص** : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وعدلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تعديلا طفيفا بأن حذفت عبارة وردت فى النص الذى وضعته لجنة المراجعة وهى «وكان غير =

ويتبين من ذلك أن الصبي المميز له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبات لأن ذلك نافع له نفعاً محضاً . وليست له أهلية التبرع ولا يستطيع أحد أن يباشرها عنه إلا في الحدود التي قدمناها ، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً. أما أهلية الإدارة وأهلية التصرف ، وهي الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فلا يملكها ، ولكن يباشرها عنه الولي أو الوصي في الحدود المتقدم ذكرها في حالة الصبي غير المميز .

ويستثنى من الأحكام المتقدم ذكرها الصبي المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره. فقد نصت المادة ١١٢ على أنه «إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون [1] ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون» [2]. والقانون هنا هو قانون الولاية على المال . وقد نص في المادة ٥٤ منه على ما يأتي : «للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، ويكون ذلك باشهاد لدى الموثق، وله أن يسحب هذا الأذن أو يحد منه بإشهار آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات كما نص في المادة ٥٥ منه على أنه «يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض . وأوضحت المادتان ٥٦، ٥٧ الحدود التي يأذن فيها للصبي التصرف فقضت المادة ٥٦ بأن «للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفي ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال، ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنه ولا أن يفي الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه عن ذلك، ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله الا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا» .

= مصاب بجنون أو عته» ، والعلة في ذلك أن الجنون والعته لهما أحكام خاصة تنطبق في جميع الأحوال والصور . وأصبح رقم المادة ١١١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٥ – ص ١١٦) .

(١) كان قانون المجالس الحسبية القديم يقضي بأنه إذا بلغ القاصر ثماني عشرة سنة ولم يمنع من التصرف جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ما لم يمنع من ذلك ، أي أن التسلم يكون بحكم القانون. فالنص يشير إلى هذا الحكم القديم .

(٢) **تاريخ النص** : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعته تحت رقم المادة ١١٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وحذفت منه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «غير مصاب بجنون أو عته» كما حذفتها من المادة السابقة . وأصبح رقم المادة ١١٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٧ – ص ١١٩) .

كما نصت المادة ٥٧ على أنه «لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية، أن يتجر الا اذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنت المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً» .

ويستثنى كذلك الصبي المميز في إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص متى بلغ السادسة عشرة فقد نصت المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال «يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته ، ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور، وعندئذ تجرى احكام الولاية والوصاية» ويجوز أيضا للصبي المميز أيا كانت سنه أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من ماله لأغراض نفقته (المادة ٦١ قانون الولاية على المال» .

١٥٤ – البالغ الرشيد : تقضي المادة ٤٤ من القانون المدني الجديد بأن «١ – كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ – وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة» . وهذه السن عامة لجميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين . فمتى بلغ القاصر هذه السن غير مجنون ولا معتوه وغير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر أصبح رشيداً أي كامل الأهلية . أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، أو لم يحكم عليه ولكنه بلغ السن محنوناً أو معتوهاً، فتستمر الولاية عليه أو الوصاية بحسب الأحوال . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة أو سفيهاً ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه ، فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية ، وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب استصدار حكم بالحجر، وتختار المحكمة له قيما قد يكون غير الولي أو الوصي .

فإذا بلغ القاصر سن الحادية والعشرين رشيداً كملت أهليته ، وكان له بذلك أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه . ويسلمه وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف فيه . وكل دعوى للقاصر على وصيه (أو للمحجور عليه على قيمه) تكون متعلقة بأمور الوصاية (أو القوامة) تسقط بمضي خمس سنوات من التاريخ الذي انتهت فيه الوصاية (أو القوامة) : أنظر م ٥٣ من قانون الولاية على المال كذلك يقع باطلا كل تعهد أو مخالصة يحصل عليها الوصي من القاصر الذي بلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد قبل الفصل نهائياً في الحساب (أنظر المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال) .

على أنه قد يصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية، وهي التي سنتكلم عليها فيما يلي .

ب – تأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن
(عوارض الأهلية)

١٥٥ – حصر عوارض الأهلية : قد يبلغ الإنسان سن الرشد، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز . والعوارض أربعة : الجنون ، والعته ، والغفلة ، والسفه . ويلاحظ أن السفه إنما هو نقص في التمييز في دائرة التصرفات المالية ، ولذلك اندرج بين عواض الأهلية .

وسنرى أن من يغيب غيبة منقطعة يقام عنه وكيل ، ومن حكم عليه بعقوبة جنائية ينصب قيم عليه ، ومن أصيب بعاهات معينة يعين له مساعد قضائي . وهذا كله لا يدخل في الأهلية، لأنه لا يرجع إلى التمييز بل يقوم على أسباب أخرى، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

١٥٦ – المجنون : نصت المادة ١١٣ من القانون المدني الجديد على أن «المجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون»[(١)] . والقانون المقصود هنا هو أيضاً قانون الولاية على المال . وقد قضت المادة ٦٥ منه بأنه «يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للغفلة أو للسفه ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم» . فالمجنون تحجر عليه المحكمة وتنصب له قيما ، إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنوناً فتبقى ولاية وليه أو وصيه .

وأهلية المجنون معدومة لأنه فاقد التمييز ، وتصرفاته القانونية تقع باطلة لانعدام الإرادة. وإلى هذا تشير المادة ١١٤ من القانون المدني الجديد إذ تنص على ما يأتي :

«١ – يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر».

«٢– أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها»[(٢)] .

---

(١) **تاريخ النص** : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجع هي التي وضعته تحت رقم المادة ١١٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «وترفع الحجر عنهم» بعد عبارة «تحجر المحكمة عليهم» لاستظهار معنى أن الحجر لا يرفع إلا بحكم. وأصبح رقم المادة ١١٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٩ – ص ١٢١) .

(٢) **تاريخ النص** : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعته تحت رقم المادة ١١٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢١ – ص ١٢٣).

ويلاحظ أن تصرف المجنون قبل تسجيل الحجر – إذا كانت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر إنما يصح أخذاً بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الباطنة عند المجنون لا وجود لها .

فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلا .

وولاية القيم على المجنون كولاية الوصي على الصغير ، يباشر القيم وحده من التصرفات ما يباشره الوصي وحده ، ويستأذن المحكمة في التصرفات التي يستأذن فيها الوصي، ولا يستطيع مباشرة التصرفات التي لا يستطيع مباشرتها الوصي. وكالقيم على المجنون وصيه. أما الولي على المجنون فمثل الولي على الصغير من حيث سعة الولاية .

١٥٧ – المعتوه : والمعتوه كالمجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولي أو وصي. والقيم على المعتوه ووليه ووصيه كالقيم على المجنون ووليه ووصيه من حيث مدى الولاية .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة ، شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون[(١)] . وقد يكون مميزاً فتكون عنده أهلية الصبي المميز. وقد سبق بيان ذلك[(٢)] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العته يعدم إرادة من يصاب به ، فتقع تصرفاته باطلة ، من وقت ثبوته. ولذلك لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضي وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٥٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر بعد) .

(٢) أنظر في كل ذلك المادتين ١١٣ و ١١٤ من القانون المدني الجديد، وقد سبق ذكرهما – هذا وقيام حالة العته عند أحد المتعاقدين مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى، فلا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ ص ٤١٤). ولكن إذا كانت محكمة الموضوع قد أقامت قضاءها بقيام حالة العته وقت التعاقد على أقوال شهود مؤداها أنه كانت تنتابه نوبات عصبية ويتهيج في بعض الأحيان ، وعلى أنه سبق أن حجر عليه للعته، ورفع عند الحجر، ثم حجر عليه ثانياً للعته والسفه بعد تعاقده ثم رفع عنه الحجر، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية ، فإن ما استدلت به من هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدي إلى أن المحجور كان معتوهاً في ذات وقت التعاقد ، ويكون هذا الحكم قاصر التسبيب متعيناً نقضه (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٧ ص ٣٥٣) . ولعل محكمة النقض قد تأثرت في هذه القضية بأن المتعاقد قد تكرر رفع الحجر عنه ، فلا شيء يقطع في أنه وقت التعاقد بالذات كان معتوهاً . وهي في قضية أخرى لم تبد هذا التشدد في استخلاص قيام العته ، وذكرت أنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أقامت قضاءها ببطلان عقد لعته المتصرف على شهادة الشهود الذين سمعتهم وعلى قرائن مستقاة من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا يقدح في حكمها أن يكون قاضي التحقيق قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف «هل كانت حالة المريض حالة عته قانوني يلي الجنون في الدرجة» ، فأجاب بأنه «لم يكن على هذه الحالة وقت فحصه بمعرفتي ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفاً في بنيته وتفكيره بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون في حالة تردد» ، فإن هذه الإجابة كاملة لا تشهد بسلامة عقله ، فضلا عن أن الطبيب ليس هو الذي يعطي الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدها ، بل الشأن في ذلك للقضاء في ضوء ما يبديه الطبيب (نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر رقم ١٠٦ ص ٢٣٨) .

١٥٨ – ذو الغفلة والسفيه : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من القانون المدنى الجديد على أنه «إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام» . ويتضح من ذلك أن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم . وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبى المميز ، فتثبت لهما أهلية الاغتناء ، وتتقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التى سبق ذكرها فى الصبى المميز ، وتنعدم أهلية التبرع .

واستثنى فى أهلية التصرف نوعان من التصرفات هما الوقف والوصية ، فهذان يكونان صحيحين إذا صدرا من السفيه أو ذى الغفلة وأذنته المحكمة فيهما . وتقضى الفقرة الأولى من المادة ١١٦ بهذا الحكم إذ تنص على أن «يكون التصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة فى ذلك» . كذلك يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها على النحو الذى رأيناه فى الصبى المميز الذى بلغ الثامنة عشرة وفى الحدود التى سبق ذكرها هناك . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٦ مقصورة فى هذا الصدد على السفيه إذ تنص على أن «تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون» ، فإن المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال تشمل كلا من السفيه وذى الغفلة إذ تنص على أنه «يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون» .

هذا هو حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر. أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهى فى الأصل صحيحة، لأن انتقاص الأهلية لا يثبت إلا بالحجر . وهذا هو رأى الإمام أبى يوسف ، خلافاً لرأى الإمام محمد الذى يذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضى . ولا يسرى الحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقاً للمبادئ العامة . ولا يحتج الغير بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلا[١] .

لكن يقع كثيراً أن السفيه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه فيعمد إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك ، أو أن ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويبتز أمواله . ففى هاتين الحالتين – حالة التواطؤ وحالة الاستغلال – يكون تصرف السفيه أو ذى الغفلة باطلا إذا كان من أعمال التبرع ، أو قابلا للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة . وهذا ما استقر عليه القضاء المصرى فى

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧ .

ظل القانون القديم[١] ، وأكده القانون الجديد فى الفقرة الثانية من المادة ١١٥ إذ تنص على ما يأتى : «أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ» [٢] [١] .

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ ص ٤٥ – وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٨ ص ١٦١ – محكمة استئناف أسيوط فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٣٢ – محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٢ – وفى ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٧ . محكمة الجيزة فى ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٢٣ ص ٥٠٢ . وانظر سائر الأحكام المشار إليها فى نظرية العقد للمؤلف ص ٣٤١ هامش ٣ – واستقر قضاء محكمة النقض على ذلك : نقض مدنى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٨٧ – ص ٤٩٢ – وفى ٥ يناير سنة سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٦٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر بعد – وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أبانت ظروف التصرف الصادر من المتصرف قبل توقيع الحجر عليه للسفه وفى فترة طلب الحجر ، واستدلت بها على أن المشترين غشوه فذهبوا به بعيداً عن بلدتهم حتى لا ينكشف أمرهم ، وهم على علم بالإجراءات المتخذة لتوقيع الحجر عليه ، لكى يتم بيع العين لهم قبل صدور قرار المجلس الحسبى بالحجر ، فانقاد لهم حتى يقبض منهم قبل غل يده ما دفعوه له من ثمن ، ثم قضت بإبطال التصرف، فإنها تكون قد أقامت قضاءها هذا على مقدمات تنتجه وهى قيام التواطؤ بين المتصرف لهم والمتصرف مع علم المتصرف لهم بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه وانتهازهم فرصة سفهه للأثراء من ماله حين كانت الإجراءات القانونية تتخذ لحمايته – ومتى كانت القرائن التى أخذت بها محكمة الموضوع فى إثبات علم المشترى بحالة سفه البائع مؤدية عقلا إلى ما انتهت إليه من ذلك ، فلا شأن لمحكمة النقض معها (نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ ص ٢١٣) .

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا تعاقد شخص بعقد عرفى على البيع، فلما علمت زوجته بذلك طلبت إلى المجلس الحسبى توقيع الحجر عليه ، وأرسلت إلى المشترى إنذاراً حذرته فيه من إتمام الشراء لأنها طلبت الحجر على البائع ، فلم يعبأ ونفذ الشراء بالعقد العرفى عن طريق عقد رسمى، وقرر المجلس الحسبى بعد ذلك توقيع الحجر ، ثم حكمت المحكمة بصحة العقد ، وأوردت فى حكمها ظروف التعاقد وملابساته على الوجه المتقدم ، واستخلصت منها استخلاصاً سليماً أن الصفقة لم تتم عن تواطؤ وغش ، وأن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد بالعقد العرفى قبل الحجر ، وأن العقد الرسمى اللاحق لم ينشئ البيع بل إنه لم يكن إلا تنفيذاً للعقد الأول، فهذا الحكم سليم ولا خطأ فيه (نقض مدنى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥) . ويلاحظ هنا أن البيع كان قد تم بالعقد العرفى قبل أن يعلم المشترى بإجراءات الحجر ، ولم يكن العقد الرسمى اللاحق إلا تنفيذاً للعقد العرفى السابق .

(٢) **تاريخ المادتين ١١٥ و ١١٦ من القانون المدنى الجديد** : (أولا) المادة ١١٥ : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى، ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم ١١٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٥، ثم مجلس الشيوخ – (ثانيا) المادة ١١٦ : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم ١٢٠ فى المشروع النهائى، وكان مقصوراً على الفقرة الأولى منه . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ أضيفت الفقرة الثانية من النص توخياً لاستكمال الأحكام الموضوعية الخاصة بتناقص الأهلية فى المشروع وأصبح رقم المادة ١١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٣ – ص ١٢٨) .

هذا وقد كانت لجنة المراجعة وضعت نصاً هو المادة ١١٩ من المشروع النهائى يجرى على الوجه الآتى : «إذا كان طلب الحجر قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار» . وقد وافق مجلس النواب على هذا النص . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس =

وينصب القيم على السفيه وذى الغفلة على النحو الذى ينصب به القيم على المجنون والمعتوه أو يعين به الوصى على القاصر[1] . ولا تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر إذا بلغ سفيها أو ذا غفلة ، بل يجب الحجر عليه ونصب قيم له كما قدمنا . وولاية القيم على مال السفيه وذى الغفلة كولايته على مال المجنون والمعتوه وكولاية الوصى على مال القاصر، وقد تقدم ذكر ذلك [١] .

١٥٩ – الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية : وهناك حالتان تلحقان عادة بالأهلية، ولكنهما لا يتصلان بها إلا من حيث مظاهر الحجر وإقامة نائب المحجور ، وهما حالتا الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جناية .

بالنسبة للغائب فهو في حكم المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال كل شخص كامل الأهلية انقضت مده سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه . وذلك إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته ، أو لم يكن له محل أقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج جمهورية مصر ، واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه في إدراتها . ويتبين من ذلك أن الغائب شخص كامل الأهلية كما هو صريح النص ، ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس . فالمفقود في الشريعة الإسلامية هو من يختفي بحيث لا يعرف أحي هو أم ميت، أما الغائب فهذا وغيره ممن تكون حياته محققة ولكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه . وقد قضت المادة ٧٥ من قانون الولاية

= الشيوخ اقترح حذفه لأنه حكم تفصيلي ورد في قانون المحاكم الحسبية، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٦ – ص ١٢٧ فى الهامش)

= (1) يشترط وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لابطال التصرف الصادر من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ، والمقصود بالاستغلال أن يعلم الغير بسفه شخص، فيستغل هذه الحالة، ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة ، فلا يكفى لابطال التصرف أن يعلم المتصرف إليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه، بل يجب أن يثبت إلى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ .

(جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ الطعن ٣٨٣ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٥٠٦) .

(١) تنص المادة (٧٨) من قانون الولاية على المال على أنه «يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء»

(1) السفه والغفلة بوجه عام يشتركان في معني واحد ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ، إلا أن الصفة المميزة للسفه هى إنها تعترى الإنسان فتحمله على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع ، أما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير .

(جلسة ١٩٥٥/٤/٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٦ ص ٩٣٧)

(١٩٥٧/٦/٢٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ٨ ص ٦١٩)

على المال بأنه «إذا ترك الغائب وكيلا عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى، وإلا عينت غيره» . ثم قضت المادة ٧٨ من هذا القانون بأن «يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء» ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء» . وقضت المادة ٧٦ من القانون ذاته بإن «تنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً» .

أما المحكوم عليه بعقوبة جناية فتقضى أحكام قانون العقوبات (م ٢٥) بأن يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويختار قيما تصدق عليه المحكمة ، أو يعين القيم المحكمة المدنية الكلية التى يقع فى دائرتها محل إقامته إذا لم يختر أحداً . ويتولى القيم إدارة ماله . أما أعمال التصرف فلابد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

ومن ذلك نرى أن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته ، فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز . وإنما وقع الحجر عليه لاستكمال العقوبة من جهة ، وللضرورة من جهة أخرى [١] .

١٦٠ – المساعدة القضائية : وقد استحدث قانون المحاكم الحسبية فى مصر نظام المساعدة القضائية (assistance judiciaire) . ونقله القانون المدنى الجديد، فنص فى المادة ١١٧ على ما يأتى :

«١ – إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك» .

«٢ – ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة» [٢] .

(١) وقد جاء في كتاب «شرح القانون المدنى» لفتحى زغلول (ص٣٧ – ص ٣٨) قريباً من هذا المعنى ، ما يأتى : «إن عدم أهلية المحكم عليه أخف من عدم أهلية القاصر أو السفيه من وجه بقاء التصرفات له مع إذن المحكمة . والواقع أنها أهلية من نوع خاص سببها اعتقال رب المال، فلا هو قليل الخبرة ولا ضعيف العقل ولا هو غائب ، ولهذا يحترم رأيه غالباً فى إدارة أعماله ، ويؤذن له كذلك بإجراء ما يريد من التصرفات» .

(٢) **تاريخ النص** : لم يرد هذا فى المشروع التمهيدى . واقترحت لجنة المراجعة النص الآتى : «يكون قابلا للابطال كل تصرف يصدر من شخص تقررت مساعدته قضائياً إذا صدر هذا التصرف بغير معاونة المساعد، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى القانون» ، وأصبح رقم المادة ١٢١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على هذا النص دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة فقرة أولى تتضمن النص الوارد فى المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية فى بيان حالة من تجب له المساعدة القضائية ، واقترح كذلك أن يكون حق طلب الإبطال قاصراً على التصرفات التى تقررت المساعدة =

أما قانون الولاية على المال فقد نص فى المادة ٧٠ على أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ .

ويجوز لها ذلك أيضا إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسماني .

ونصت المادة ٧١ على أن «يشترك المساعد القضائي فى التصرفات المشار إليها فى المادة السابقة . وإذا امتنع عن الاشتراك فى تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة فإن رأت ان الامتناع فى غير محله أذنت للمحكوم بمساعدته بالانفراد فى ابرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة فى ابرامه وفقا للتوجيهات التى بينتها فى قرارها . واذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بتصرف معين يعرض اموالـه للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد باجراء هذا التصرف » .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن المساعدة القضائية إنما تتقرر لاجتماع عاهتين فى الجسم من عاهات ثلاث : العمى ، والبكم ، والصمم . والسبب فيها ليس نقص الأهلية ، فإن التمييز الكامل متوافر عند من تقرر له المساعدة القضائية ، ولكن هو العجز الطبيعى عن التعبير عن الإرادة كما صرحت بذلك النصوص السابق ذكرها .

والمساعدة القضائية تتقرر للتصرفات المنصوص فى المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن من المحكمة . فإذا وقع تصرف من ذلك بغير معاونة المساعد ، كان التصرف قابلا للإبطال لمصلحة من تقررت له المساعدة، إذا صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة .

والمساعد القضائي يعين ويعزل وفقاً للأحكام التى تتبع فى تعيين القيم وعزله ، وتسرى عليه الأحكام الخاصة بالقوامة .

المطلب الثانى

عيوب الإرادة

(Vices du consentement)

١٦١ - **حصر عيوب الإرادة** : اشتمل المشروع التمهيدى على نص هو المادة ١٦٦ من هذا المشروع ، حذف فى المشروع النهائى ، وقد جرى بما يأتى : «لكل من شاب

= القضائية فى شأنها . وقد أخذت اللجنة بهذين الاقتراحين لأن أولهما يرمى إلى استكمال الأحكام الموضوعية فى التقنين المدنى فيما يتعلق بناقص الأهلية، والثانى يقيد النص تقييداً انصرفت إليه نية واضعه. فأقرت اللجنة النص كما ورد فى القانون ، وأصبح المادة ١١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٨ - ص ١٣١) .

رضاءه غلط أو تدليس أو انتزع رضاؤه بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب إبطال العقد وفقاً للأحكام التالية» (١) .

ويتبين من ذلك أن عيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال . ولابد فى هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة . فالإرادة المعيبة هى إرادة موجودة، ولكنها صدرت من شخص غير حر فى إرادته أو على غير بينة من أمره . فإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهى موجودة ، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهى معيبة . أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة ، ولكنه فى الواقع من الأمر لا ينطوى على إرادة تعلقت بمحلها. وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبى غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا

(١) أنظر المادة ١٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وكانت المادتان ١٩٣/١٣٣ من القانون المدنى القديم تنصان على أنه «لا يكون الرضاء صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل بإكراه أو تدليس» - هذا ولما تليت المادة ١٦٦ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة اقترح حذفها لأن الأحكام التى تقررها منصوص عليها فى المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤١ فى الهامش) .

وننقل هنا النظرة العامة التى وردت فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى شأن عيوب الإرادة، ومنها يبين ما استحدثه القانون الجديد : «تتضمن النصوص المتعلقة بالغبن أهم ما استحدث المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضاء . فقد اقتفت هذه النصوص أثر التقنينات الجرمانية والمشروع الفرنسى الإيطالى ، وجعلت من الغبن سبباً عاماً للبطلان النسبي وانتقاص العقود إذا أتيح لأحد المتعاقدين أن يستأثر بربح فاحش من طرق استغلال حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه . وقد يؤخذ على هذا الحكم أن إعماله ينتهى إلى تحكم القاضى . بيد أن فى سابقات التشريع ما يحمل على التغاضى عن هذا النقد والاطمئنان إلى ما جرى عليه المشروع . فالتقنينات الحديثة ، وفى طليعتها التقنين الألمانى والتقنين السويسرى والتقنين النمساوى المعدل والتقنين البولونى والتقنين اللبنانى والتقنين الصينى والتقنين السوفيتى ، بل والمشروع الفرنسى الإيطالى رغم نزعته المحافظة ، تجعل جميعاً من الغبن سبباً عاماً للبطلان . ثم إنه ليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من تحكم القاضى فى هذه الحالة أكثر من سواها، فهو بذاته القاضى الذى يتولى فى حياته اليومية تقدير الغلط الجوهرى والنية الحسنة والباعث المشروع والضرر الجسيم والباعث المستحث وما إلى ذلك . على أن النص فى الغبن بوجه عام لا يستتبع اطراح الأحكام التقليدية الخاصة بصور معينة منه يعبر فيها عن معناه بالأرقام ، توخياً لإحلال الكم محل الكيف، كأحوال الغبن فى البيع والقسمة والاتفاق على سعر الفائدة - ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع استحدث أحكاماً جزيلة الفائدة بشأن ما يشوب الرضا من عيوب أخرى ، فواجه مسائل عديدة أغفلها التقنين المصرى الحالى ، كالغلط المشترك والغلط فى القانون وغير ذلك . ثم إنه عدل النصوص المتعلقة بالتدليس تعديلا يكفل زوال الخلاف القائم بين النصوص العربية والنصوص الفرنسية فى التقنين الحالى (القديم) . وتناول فوق ذلك مسائل أخرى كسكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة يجهلها المتعاقد الآخر . أما النصوص الخاصة بالإكراه فقد روعى فى وضعها أن تكون متناسقة مع ما ورد بشأن التدليس . فالإكراه سواء أكان صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير، له ما للتدليس من أثر فى صحة العقد . وقد قضى المشروع ، فيما يتعلق بتقدير الإكراه ، على التناقض المعيب الذى تنطوى عليه نصوص التقنين الحالى (القديم) ... بأن احتكم إلى معيار شخصى بحت ، قوامه الاعتداد بجنس المكره وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة ما يقع عليه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٩ - ص ١٤٠) .

يميز ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا تكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل . ويترتب على هذا التمييز الجوهرى أن العقد الذى يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود ، أو هو عقد باطل . أما العقد الذى يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة . ولكن يجوز للمتعاقد الذى شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للإبطال . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي :

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً . فإرادة الفرد، ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها، يجب أن تكون على هدى مختارة، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة، فلا يكون لها سلطان كامل.

ونتولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط فالتدليس فالإكراه فالاستغلال .

١ - الغلط *

(L'erreur)

١٦٢ - تعريف الغلط : يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع . وغير الواقع ما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والغلط بهذا التعريف الشامل ينتظم كل أنواع الغلط، ولا يقف عند نوع معين منها ، والذى نريده هنا هو غلط يصيب الإرادة ، فينبغي أن نمحص هذا النوع من الغلط بتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى وبرسم الدائرة التى تحصر نطاقه حتى نستطيع بعد ذلك أن نبين قواعده وأحكامه .

١٦٣ - الغلط المانع : وأول نوع من الغلط نستبعده من دائرة بحثنا هو ما يسمى عادة بالغلط المانع (erreur - obstacle) . وهو غلط يقع ، طبقاً لنظرية تقليدية في الفقه الفرنسي، في ماهية العقد ، كما إذا عطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة . أو في ذاتية المحل ، كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين

* بعض المراجع : ريكاردوفيبيني(Riccardo Fubini) في المجلة ربع السنوية ١٩٠٢ ص ٣٠٦ - جومران في الباحث في الأعمال القانونية ص ٣٠ وما بعدها - مورى (Maury) : الغلط في المادة في عقود المعاوضة (مجموعة دراسات لتخليد ذكرى كابيتان ص ٤٩١) - جورف (Gorphe) في مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨ ص ١١٥ - سيليس (Celice) باريس سنة ١٩٢٢ - جودفروى (Goudefroy) باريس سنة ١٩٢٥ - موتون (Mouton) ليون سنة ١٩٢٥ - فهمى نور ليون سنة ١٩٢٦ - مارث فورنييه (Marthe Fournier) ديجون سنة ١٩٣٦ - دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩٤٧ ص ٣١ - والتون ١ ص ٢٢٨ وما بعدها - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٤٢ وما بعدها - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١١١ وما بعدها - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٢ وما بعدها.

فباع إحداهما والمشترى يعتقد أنه يشترى الأخرى . أو في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصى لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها . ففى الأمثلة التى قدمناها لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية . ماهية العقد أو المحل أو السبب . فالتراضي إذن غير موجود ، والعقد باطل أى منعدم . وهذا هو الذى يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث ، فهو يتصل بوجود التراضي لا بصحته ، ونحن الآن في صدد صحة التراضي بعد أن فرغنا من الكلام في وجوده .

١٦٤ - اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة : وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، فيؤخذ بإحداهما دون الأخرى كما بينا فيما تقدم . والكلام في الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً في عيوب الإرادة [1] ، بل كلام في الإرادة ذاتها ، أى في وجودها لا في صحتها . فيجب استبعاد هذه المسألة أيضا من دائرة البحث [2] .

١٦٥ - الغلط في النقل أو في التفسير : والغلط الذى يعنينا بحثه هنا هو الغلط الذى يقع وقت تكوّن الإرادة (erreur sur la formation de la volonté) . وهناك غلط لا يعيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث ، وهو غلط يقع وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط في النقل (erreur de transmission)، أو يقع في تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها ، وهذا ما يسمى بالغلط في التفسير (erreur d'interprétation) . والفرق بين الغلط الذى يقع وقت تكوّن الإرادة والغلط الذى يقع في النقل أو في التفسير أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة [3] .

(١) هذا ما لم يؤخذ بالأرادة الباطنة وتستظهر مغايرتها للإرادة الظاهرة ، فقد ترجع هذه المغايرة إلى غلط وقع فيه المتعاقد الذى صدرت منه هذه الإرادة . ولكن ليست كل مغايرة بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة غلطاً ، فالهازل والشخص الذى يضمر غير ما يظهر في حالة التحفظ الذهنى (réserve mentale) كلاهما تختلف إرادته عن إرادته الباطنة دون أن يكون واقعاً في غلط .

(٢) وقد يقع الغلط في الإرادة الظاهرة كما يقع في الإرادة الباطنة . والغلط الذى يقع في الإرادة الظاهرة ليس هو مغايرتها للارادة الباطنة ، بل هو غلط يقع في التعبير عن الإرادة ذاته أى في الإرادة الظاهرة . ويأتى سالي بمثل على ذلك : شخص عنده حصانان ، حصان أسود فيه عيب يريد بيعه من أجله وحصان أبيض لا عيب فيه ولا يريد بيعه . فإذا قال : أبيعك الحصان الأبيض، وهو يريد أن يقول : الأسود ، كان هناك غلط في الإرادة الظاهرة . أما إذا اعتقد خطأ أن الحصان الأبيض هو المعيب، فقال أبيعك الحصان الأبيض ، كان هناك غلط في الإرادة الباطنة لا في الإرادة الظاهرة . والقانون الألمانى يجعل العقد قابلا للابطال لكل من هذين النوعين من الغلط (أنظر في هذا الموضوع سالى في إعلان الإرادة ص ١١ وما بعدها - نظرية العقد للمؤلف ص ٣٥٩ هامش رقم ٤) .

(٣) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص هو المادة ١٧٢ من هذا المشروع ، جرى بما يأتي : «تسرى الأحكام الخاصة بالغلط في حالة ما إذا نقل رسول أو أى وسيط آخر إرادة أحد المتعاقدين محرفة». =

١٦٦ – الغلط الذى يعيب الإرادة : ويبقى ، بعد استيعاب ما قدمناه من أنواع الغلط، الغلط الذى يصيب الإرادة ، وهو الذى يعنينا بحثه ويجب أن ترسم له دائرة واضحة المعالم . فهو من جهة غلط يقع فى تكوّن الإرادة لا فى نقلها ولا فى تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر فى الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر فى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذى يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا

= وقد حذفت هذه المادة فى المشروع النهائى «لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا حاجة إليه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٦ – ص ١٦٧ فى الهامش) . والنص المحذوف مع مذكرته الإيضاحية يوهم أن الغلط فى النقل أو فى التفسير غلط يعيب الإرادة . والصحيح أنه يكون سبباً فى عدم توافق الإرادتين فلا ينعقد العقد . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الظاهرة فى حالة التحريف فى النقل (قارن المادة ١٢٠ من القانون الألمانى) ، فيكون العقد صحيحاً ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هى الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه هذه الإرادة . والقضاء المصرى يأخذ بالرأى الأول ولا يعتبر العقد قد تم لعدم توافق الإرادتين، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ١٢٢ فى الهامش) . وسواء أخذ بالرأى الأول تمشياً مع نظرية الإرادة الباطنة أو أخذ بالرأى الثانى تمشياً مع نظرية الإرادة الظاهرة ، فإن الوسيط الذى حرف الإرادة يكون مسئولا نحو المتعاقد الأول إذ انعقد العقد ، أو نحو المتعاقد الآخر إذا لم ينعقد .

ومن قبيل الغلط فى النقل مجرد الغلط فى الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر فى انعقاد العقد ولا فى صحته . وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى فى القانون الجديد ، فنصت المادة ١٢٣ على أنه «لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط» (أنظر المادتين ٦٥٨/٥٣٦ من القانون القديم فيما يتعلق بتصحيح أرقام الحساب فى عقد الصلح – وقد ورد نص القانون الجديد فى المشروع التمهيدى تحت رقم المادة ١٧٠ ، وفى المشروع النهائى تحت رقم المادة ١٢٧ ، ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٢٣ ، فمجلس الشيوخ تحت الرقم ذاته : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٤ – ص ١٦٦) . والقضاء المصرى مضطرد فى هذا المعنى : محكمة الاستئناف الوطنية فى أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١٣٩ – محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٦ – وفى ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ – وفى ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٥ – وفى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٦ – وفى ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ – وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧ . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ فى ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاولة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً فى الأرقام الثابتة فى كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما إعادة حساب تلك المقاولة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن المقاولة بعد إتمامها ما دام عملا متفقاً عليه فى أصل عقدها، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلا ووقع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين (نقض مدنى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣) . وقضت محكمة النقض أيضا بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد تبينت من واقع الدعوى أن التابع الذى هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقت عندها إرادة المشترى مع إرادة البائع ، وأن ما جاء فى العقد خاصاً بحدود هذه العين قد شابه غلط فى حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون مخطئة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادى الواقع حال تحرير المحرر المثبت للتعاقد لا الغلط المعنوى الواقع حال تكوين الإرادة المفسد للرضاء (نقض مدنى فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣) .

أعدم التراضى كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم إن الغلط هو أمر نفسى يستكن فى الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، بل يتصل بـه المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به .

خلص لنا من ذلك أن الغلط الذى يعيب الإرادة يجب أن يكون : (أولا) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد . (ثانيا) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر .

فنتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : ١ – متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شئ يقع . ٢– كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط[1] .

أ – متى يكون الغلط جوهريا وعلى أى شئ يقع

١٦٧ – معيار الغلط الجوهرى فى القانون الفرنسى وكيف تطور من معيار موضوعى إلى معيار ذاتى : ورث الفقه الفرنسى التقليدى عن القانون الفرنسى القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره فى صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلا وهو الغلط المانع الذى سبقت الإشارة إليه، وغلط يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة العاقد الذى وقع فى الغلط ، وغلط لا يؤثر فى صحة العقد . وقد سبق أن بينا الحالات الثلاث التى يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلا. أما الغلط الذى يجعل العقد قابلا للإبطال فيكون فى حالتين : (١) غلط يقع فى مادة الشئ محل الالتزام الناشئ من العقد ، وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من القانون المدنى الفرنسى بالغلط الواقع فى مادة الشئ ذاتها (substance même de la chose) . (٢) غلط يقع فى شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد . والغلط الذى لا يؤثر فى صحة العقد يكون فى أحوال أربع : ١– غلط فى وصف لا يتعلق بمادة الشئ محل الالتزام . ٢ – غلط فى قيمة الشئ محل الالتزام . ٣ – غلط فى شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فى العقد . ٤ – غلط فى الباعث على التعاقد.

ولكن القضاء فى فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . وجارى الفقه الحديث القضاء فى ذلك . فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثى للغلط ، إذ استبعد النوع الأول وهو الغلط الذى يجعل العقد باطلا، لأنه يتصل بوجود التراضى لا بصحته كما قدمنا . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثانى والثالث ، فإن التمييز ما بين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تضيق بما تقتضيه الحياة العملية ، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع فى قيمة الشئ أو فى الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر فى صحة العقد لأنه

(١) وثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها (نقض مدنى فى أول أبريل ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) .

كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع في مادة الشيء ومع ذلك لا يؤثر في صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبرة إذن ليست بأن الغلط وقع في مادة الشيء أو في قيمته، بل العبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle)، أي بأنه كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد (la raison principale et déterminante) . فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط ، بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى ، ونستبدل معياراً بقاعدة، ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد ، وذلك في جميع الحالات ، تبعاً لملابسات كل حالة وظروفها الخاصة .

وتطور الفقه الفرنسي من الأخذ بمعيار موضوعي إلى الأخذ بمعيار ذاتي تراه واضحاً في تفسير عبارة «الغلط في مادة الشيء ذاتها» الواردة في المادة ١١١٠ من القانون الفرنسي. فقد بدأ الفقهاء الفرنسيون في العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً . ويذهبون إلى أن المراد بذلك هو الغلط الذي يتعلق بالمادة التي يتكوّن منها الشيء ، ومادة الشيء هي مجموع الخصائص التي تدخله في جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . ويقدمون عادة المثل الذي أتى ب بوتييه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلي بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة [(١)] . ثم أخذ الفقهاء في عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتي في تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء في هذا الطريق هما الأستاذان أوبرى ورو [(٢)] ، فقد أخذا في الأصل بالمذهب الموضوعي كقاعدة عامة ، فذهبا إلى أن المراد بمادة الشيء هي العناصر المادية التي تكونه والخواص التي تميزه من الأشياء الأخرى طبقاً للمتعارف بين الناس ، ولكنهما أضافا إلى ذلك جواز أن يتفق المتعاقدان على توافر صفة معينة في الشيء فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشيء من حيث هي . ثم هجر الأستاذ لوران ، في عهد ثالث ، المعيار الموضوعي وأخذ بالمعيار الذاتي جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هي التي تحدد مادة الشيء والأوصاف المعتبرة فيه [(٣)] . واقتفى سائر الفقهاء أثر لوران في هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودري وبارد إلى أن المراد بمادة الشيء هي الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء والتي ما كان التعاقد يتم بدونها [(٤)] ، وذهبت الأساتذة بلانيول وكولان وكابيتان وجوسران إلى هذا الرأي [(٥)] .

---

(١) أنظر في هذا المعنى ديرانتون ١٠ فقرة ١١٤ - ١١٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٤٠٧ .
(٢) أنظر أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ مكررة ص ٤٩٠ و ٤٩٢ .
(٣) لوران ١٥ فقرة ٤٨٨ .
(٤) بودري وبارد ١ فقرة ٥٤ .
(٥) بلانيول ٢ فقرة ١٠٥٣ - كولان وكابيتان ٢ ص ٢٨١ - جوسران ٢ فقرة ٦٩ - فقرة ٧٢ .

فالعبرة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتي ، بالأوصاف المعتبرة في نظر المتعاقدين لا بالخصائص التي تكوّن مادة الشيء في ذاته ، فقد يشترى شخص شيئاً على أنه أثر تاريخي ويعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فيتضح أنه مصنوع من (البرونز)، فهذا غلط في «مادة الشيء» ، ولكنه بحسب نية المشترى ليس غلطا في الصفة المعتبرة عنده، فما دام الشيء الذي اشتراه هو الأثر التاريخي الذي يقصده ، فلا يعنيه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر. وقد استبدل الفقه والقضاء في فرنسا بعبارة «مادة الشيء» (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقاها من الكلمة ذاتها هي الصفة الجوهرية (qualité substantielle) ، أي الصفة التي اعتبرها المتعاقد في الشيء. والمعيار الذاتي ما هو في الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فما دامت إرادة العاقد هي التي تنشيء الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة في حقيقتها وعلى وجهها الصحيح، لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب .

١٦٨ - معيار الغلط الجوهري في القانون المصري معيار ذاتي : وبالمعيار الذاتي أيضاً أخذ الفقه والقضاء في مصر منذ عهد القانون القديم . وقد أسعفهما في ذلك نصوص هذا القانون ذاتها ، فقد كانت المادتان ١٩٤/١٣٤ من القانونين الوطني والمختلط تنصان على أن «الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد» ، وجاء في النص الفرنسي للقانون المصري القديم : «متى كان واقعاً في الناحية الرئيسية التي كانت محل اعتبار في الشيء عند التعاقد» (le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat) . فالنصوص كما نرى تذهب بوضوح إلى الأخذ بالمعيار الذاتي، وقد نقلت لا عن نصوص القانون الفرنسي بل عن القضاء والفقه في فرنسا بعد التطور الذي أسلفنا ذكره [(١)] .

وجاء القانون الجديد مؤيداً للمعيار الذاتي وصريحاً في وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة ١٢٠ على أنه «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب

---

(١) أنظر في الفقه المصري دى هلتس الجزء الأول لفظ (convention) فقرة ٥٦ - هالتون ١ ص ٣٨٧ - فتحي زغلول ص ١٣٢ - والتون ١ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ - الدكتور عبدالسلام ذهني بك في الالتزامات فقرة ١٢٧ - الدكتور محمد صالح بك في الالتزامات فقرة ٢٦٨ - الدكتور محمد وهبة في النظرية العامة في الالتزامات فقرة ٢٥٥ نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٧ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ١١٦ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٦ وما بعدها .

وانظر في القضاء المصري محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٢٣ - محكمة قنا الاستئنافية في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٦ - محكمة الجيزة الجزئية في ٢١ مارس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١٤٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ - وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٦ - وفي ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩١١م ٢٣ ص ٣٢٥ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٨ - وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢م ٣٦ ص ٢٦١ - وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٤.

إيطـال العقد ....» [(١)] . ثم نصت المادة ١٢١ على أنه : «١- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . ٢- ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : أ) إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد» [(٢)] .

ويتبين من هذه النصوص أن القانون الجديد قد أخذ بالمعيار الذاتى . فالغلط الجوهرى عنده هو الغلط الذى يبلغ ، **فى نظر المتعاقد الذى وقع فى الغلط**، حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع فى الغلط [(1)] ، فهو إذا وقع فى صفة للشئ وجب أن تكون هذه الصفة جوهرية فى **اعتبار المتعاقدين** ، وإذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة **السبب الرئيسى** فى التعاقد .

(١) أنظر المادة ٢٣ من قانون الالتزامات السويسرى ، والفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى . وانظر تاريخ نص المادة ١٢٠ من القانون الجديد فيما يلى عند الكلام فى الغلط المشترك وفى الغلط الفردى (فقرة ١٧٦) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٦٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١- يكون الغلط جوهرياً إذا كان من الجسامة بحيث كان يمتنع الطرف الذى وقع فيه عن إبرام العقد لو لم يقع فى الغلط وقدر الأمور تقديراً معقولا . ٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص فى الأحوال الآتية : أ) إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية . ب) إذا وقع فى ذات الشخص أو فى صفة من صفاته ، وكانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد . جـ) إذا وقع الغلط فى أمور يعتبرها المتعاقد الذى يتمسك بالغلط عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تقضى به النزاهة فى التعامل» . وحذفت لجنة المراجعة الجزء (جـ) من الفقرة الثانية لأن ذكر هذه الحالة مع الحالتين السابقتين يكاد يحيط بكل حالات الغلط فلا يصبح هناك معنى لإيراد الفقرة الثانية على سبيل التمثيل . وأصبح رقم المادة ١٢٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وحذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة «وقدر الأمور تقديراً معقولا» من الفقرة الأولى لأنها تتضمن قيداً يحسن أن يترك أمره لتقدير القاضى ، وحذفت عبارة «السبب الوحيد» من الفقرة الثانية حرف (ب) لأن فى عموم عبارة «السبب الرئيسى» الواردة فى الفقرة ذاتها ما يغنى عنها، وأصبح رقم المادة ١٢١ . وقد وافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٥ – ص ١٥٨) . وانظر المادة ١٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى والفقرة الثانية من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى.

(1) يشترط لابطال العقد للغلط سواء كان فى الواقع أو فى القانون أن يكون جوهريا، أى أن يكون هو الذى دفع إلى التعاقد .

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق س ٤٥ ص ٣٨٢)

(جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩ الطعن ١٢٩٧ لسنة ٥٦ ق) .

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ الطعن ١٣٢ لسنة ٤٥ ق س ٣١ ص ٦٢٢)

(جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣ الطعن ٨٤٦ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ١٩١٥)

على أن الأخذ بالمعيار الذاتى يقتضى أن يكون المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها فى بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الجديد قرينة موضوعية لتنم عن هذه الحالة النفسية ، فقضى بأن صفة الشئ تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراها جوهرية **وفقا لما لابس العقد من ظروف** ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهديان – إذا لم نهتد من طريق آخر – إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر فى الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فمن حق المشترى أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر فى الآثار قرينة على نيته، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلا على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها من تاجر فى الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينبه المشترى إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

١٦٩ – **على أى شئ يقع الغلط** : والغلط الجوهرى ، على النحو الذى أسلفناه، يصح أن يقع ، لا فى صفة الشئ وفي الشخص فحسب، بل أيضا فى القيمة وفى الباعث [(١)] . والعبرة بأنه غلط جوهرى، لا بأنه وقع فى هذا أو فى ذاك . ونستعرض الآن الغلط فى هذه الأحوال المختلفة .

١٧٠ – **الغلط فى صفة جوهرية فى الشئ** : إذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى وصف الشئ ، فإن الغلط لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد كما قدمنا . وفي القضاء المصرى فى ظل القانون القديم – والقانون الجديد أتى مؤكداً للقانون القديم كما أسلفنا – أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢١ ما يأتى : «وينبغى أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهريا . ولا يتحقق ذلك إلا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد . ومؤدى هذا أن يناط تقدير الغلط بمعيار شخصى . وقد انتهى القضاء المصرى والقضاء الفرنسى فى هذا الشأن إلى تطبيقات ثلاثة تقررت فى نصوص المشروع : أ) أولها يتعلق بالغلط الذى يقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية . وفى هذا الفرض يرتبط تقدير الغلط الجوهرى بعامل شخصى هو حسن النية وبعامل مادى قوامه الظروف التى لابست تكوين العقد . ب) والثانى يتصل بالغلط الواقع فى ذات شخص المتعاقد أو فى صفة من صفاته، إذا كانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد . والمعيار فى هذا الفرض شخصى بحت . (جـ) والثالث خاص بالغلط الواقع فى أمور يعتبرها من يتمسك به من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تقضى به النزاهة فى التعامل (ملاحظة : هذا التطبيق حذفته لجنة المراجعة كما قدمنا فى تاريخ نص المادة ١٢١) . وقد تنطوى صورة الغلط فى الباعث فى هذا التطبيق الثالث. بيد أنه يتعين الرجوع ، عند الإثبات ، إلى عنصر موضوعى أو مادى بحت ، هو عنصر نزاهة التعامل. ويتضح من ذلك أن تقدير الغلط ، وإن كان قد نيط بمعيار شخصى بحت ، إلا أن تيسير الإثبات قد اقتضى الاعتداد بعناصر مختلفة ، فيها الشخصى والمادى» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٣) .

المختلطة بأن الترخيص الذى أعطته الحكومة فى استغلال أرض كانت تعتقد أنها لا تحتوى إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوى على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة (١) . وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم ببطلانها يجوز إبطاله للغلط الذى وقع فيه المشترى بشأن صفة جوهرية فى الشئ المبيع (٢) . وقضت بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها يؤدى إلى الطريق العام ، فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع فى صفة جوهرية فى الشئ المبيع (٣) . وقضت بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط فى صفة جوهرية فى الشئ (٤) . وقضت بأن بيع شئ على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط فى صفة جوهرية فى الشئ المبيع ؛ ولا يلتزم المشترى برفع دعوى الإبطال فى ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى فى ضمان العيوب الخفية ، أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للغلط (٥) . وقضت بأنه يعتبر غلطاً فى صفة جوهرية فى الشئ قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن، ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار المرهون بيع إلى الغير ، فشرط عدم ضمان المحيل يبطل فى هذه الحالة (٦) . ولكن لا يعتبر غلطاً فى صفة جوهرية فى الشئ المبيع أن يقع خطأ فى بيان حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض فى خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك (٧) . ولا يعتبر غلطاً يجعل العقد قابلا للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك (٨) .

(١) ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ .
(٢) ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ – جازيت ١ ص ٣٤ .
(٣) ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ – وانظر حكماً ثانياً فى ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٥ – وحكماً ثالثاً فى ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .
(٤) ١٨ مارس سن ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ .
(٥) ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ – وانظر حكماً آخر فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ (وقد سبقت الإشارة إليه) . وانظر فى التمييز ما بين الغلط فى الشئ والعيب الخفى فيه نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٨ . وكان القانون القديم يوجب رفع دعوى العيب فى ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م ٤٠٣/٣٢٤) ، أما القانون الجديد فجعل الدعوى تتقادم بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢) .
(٦) ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٢.
(٧) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ .
(٨) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤ – وفى ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ – وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٥ ص ٢٨٥ – وفى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧ .

١٧١ – **الغلط فى شخص المتعاقد** : وإذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى شخص المتعاقد ، فإن الغلط لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ . مثل هذا الغلط إنما يقع فى العقود التى تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة . وهو قد يقع فى ذات المتعاقد إذ كانت هى محل الاعتبار، كالغلط فى شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع فى صفة جوهرية من صفات المتعاقد كانت هى الدافع إلى التعاقد كأن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك ، وكأن يؤجر شخص منزلا لامرأة يعتقد أن سلوكها لا ريبة فيه فيتضح أنها امرأة تحترف العهارة حتى لو لم تكن تباشر مهنتها فى المنزل ، وكأن يتعاقد شخص مع أحد الفنيين (مهندس أو صانع فى عمل يقتضى مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر فى فنه (١) . وتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هى محل الاعتبار وهى التى دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين . فالمعيار ذاتى ، وهو المعيار الذى يطبق فى جميع نواحى نظرية الغلط .

١٧٢ – **الغلط فى القيمة** : رأينا أن النظرية التقليدية لا تقيم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر فى صحة العقد . أما إذا سايرنا النظرية الحديثة وهى التى أخذ بها القانون المصرى ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى القيمة ، وجب أن نقول إن الغلط فى قيمة الشئ إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يجعل العقد قابلا للإبطال (أ) . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط فى قيمة الشئ الذى باعه . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، فى قضية اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة ، وطلب هذا أن يكون السعر بحساب الحجم فتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف ، ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل

(١) انظر فى هذه الأمثلة وفى غيرها نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٦٠ – فقرة ٣٦٢ .
(أ) طلب إبطال التصرف الذى شابه غلط جوهرى فى قيمة الشئ شرطه أن يكون هو الدافع الرئيسى للتعاقد ووقع فيه المتعاقد الآخر واتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه .
(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعنان رقما ٨٢٤٠، ٨٢٩٦ السنة ٦٥ ق س ٤٨ ص ٩٥٢)
(جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ الطعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق)

كثيراً عن السعر الذى يطالب به ، بأن صاحب البضاعة فى هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل[1] .

١٧٣ - الغلط فى الباعث : تقدم القول إن النظرية التقليدية تميز بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث ، فتجعل الأول يبطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثانى لا أثر له فى صحة العقد . والنظرية التقليدية عندما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب فى نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه. فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو أنها سقطت بعدول الموصى، كان هناك غلط فى السبب بمعناه التقليدى، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إفراز نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصة فى العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً، فهذا غلط فى السبب[2] . أما الغلط فى الباعث ، وهو الذى لا يؤثر فى صحة العقد طبقاً للنظرية

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ - جازيت ٧ ص ١٣٥ رقم ٤٠٠ - وفى قضية أخرى قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط يجعل العقد قابلا للابطال إذا كان غلطاً يؤثر تأثيراً كبيراً فى الثمن باعتباره الرابطة الرئيسية فى التعاقد (٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١). وفى قضية كان المدين فيها مطالباً بالدفع بالعملة المصرية، فدفع للدائن بالعملة الفرنسية وقبل ممثل الدائن (وكان حارساً قضائياً) الوفاء بهذه العملة معتقداً أن الاتفاق يعطى المدين هذا الحق، ثم تبين بعد ذلك أن المدين ملزم بالوفاء بالعملة المصرية ، فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بإلزام المدين بدفع الفرق بين سعر العملتين فى اليوم الذى كشف فيه هذا الغلط (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٦) . كذلك إذا استوفى المدين مبلغاً أقل مما يستحق عن غلط منه ، لم يكن هذا الوفاء مبرئاً لذمة المدين فى كل الدين (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٥). أنظر أيضاً فى الغلط فى القيمة محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ أبريل سن ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ ، وفى الغلط فى القيمة فى عقد التخارج محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ - وحكماً ثانياً فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٣ - وحكماً ثالثاً فى ١١ يونية سنة ١٩٠٣م ١٥ ص ٣٥٠ . وانظر أحكاماً أخرى تقضى بغير هذا المبدأ فى نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٧ حاشية رقم ٢ .

هذا ويلاحظ أن الفرق ما بين الغلط فى القيمة والغبن يقوم على أنه ليس من الضرورى أن المتعاقد المغبون يكون قد وقع فى غلط بالنسبة إلى قيمة الشئ الذى يتعاقد عليه، فقد يكون على بينة من قيمة الشئ الحقيقية ويقبل الغبن بالرغم من ذلك .

(٢) أنظر ما جاء فى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٦٤ ، حيث ذكر من الأمثلة على الغلط فى الباعث أن يصطلح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول للثانى جزءاً من الشئ الموصى به دون الباقى، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الوارث أن الوصية قائمة وقت موت الموصى ، ويتضح بعد ذلك أن الموصى قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا المثل ومثل قسمة الوارث مع الموصى له . ففى الحالة الأولى ينازع الوارث فى الوصية وينتهى بالمصالحة عليها وقد دفعه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يعدل عنها ، ولكن أثر النزاع بقى فى أن الوارث لم يسلم للموصى له إلا جزءاً من الشئ الموصى به. فالغلط هنا يقع فى الباعث . أما فى قسمة الوارث مع الموصى له ، فالوارث يسلم بالوصية ولا ينازع فيها، لذلك اقتسم مع الموصى له العين الشائعة ، وأعطاه نصيبه ، وهو القدر الموصى به، كاملا بمقتضى عقد القسمة . فالغلط هنا يقع فى السبب بمعناه التقليدى .

التقليدية ، فمثله أن يبيع شخص عيناً وهو مريض ويعتقد أنه فى مرض الموت، ثم يشفى من المرض ، فهو لا يستطيع أن يطعن فى البيع بدعوى أنه صدر من وهو فى مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة ويشرط أن ينتهى المرض بالموت ، ولا يستطيع أن يطعن فى البيع بالغلط فى الباعث ولو أن الدافع إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى ، كان الغلط فى الباعث فى هذا المثل غلطاً جوهرياً يجيز للبائع أن يطلب إبطال البيع[2] .

ونرى من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث ما دمنا نحتفظ بالنظرية التقليدية فى السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية فى الغلط . فلا يزال الغلط فى السبب بمعناه التقليدى يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الباعث فيجعل العقد قابلا للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة فى الغلط ، ولا يؤثر فى صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية .

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية فى السبب إلى النظرية الحديثة ، فإن الغلط فى السبب يختلط بالغلط فى الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل للقول بأن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلا والغلط فى الباعث يجعل العقد قابلا للإبطال. ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط فى كل من السبب والباعث - فهما شئ واحد فى النظرية الحديثة فى السبب - من شأنه أن يجعل العقد باطلا، وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما فى الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولكن لا يجرؤون على قول حاسم فيها. فهم يقولون بالنظرية الحديثة فى السبب ويخلطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة فى

(١) ومن أمثلة الغلط فى الباعث ما يظهر فيه لأول وهلة أن الغلط ينبغى ألا يؤثر فى صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت فى حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك، أو استأجر موظف منزلا فى مدينة معتقداً أنه سينقل إليها ثم يتبين بعد ذلك أنه لم ينقل، كان هذا غلطاً فى الباعث ، وينبغى ألا يؤثر فى صحة العقد وإلا تعرض التعامل لخطر التزعزع وعدم الاستقرار. ولكن هذه النظرة الأولى غير دقيقة ، فإن الذى يعرض التعامل للتزعزع فى مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط فى الباعث يكون غلطاً جوهرياً ، بل إن المتعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط. وسترى فيما يلى أن الغلط الذى يجعل العقد قابلا للابطال يجب أن يشترك فيه المتعاقد الآخر، أو أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه. فلا يزعزع التعامل فى شئ أن يطلب مشترى السيارة أو مستأجر المنزل ، فى المثلين المتقدمين، إبطال العقد ، ما دام المشترى فى المثل الأول يستطيع أن يثبت أن بائع السيارة كان يعتقد مثله أن سيارته القديمة قد كسرت فى حادث اصطدام وأن هذه الواقعة الموهومة هى التى دفعت المشترى إلى الشراء ، أو أن البائع كا على علم بأن الواقعة التى دفعت المشترى إلى الشراء إنما هى واقعة موهومة، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك - وما دام المستأجر، فى المثل الثانى ، يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أن نقل إلى المدينة التى استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع للاستئجار، أو أن المؤجر كان على علم بأن النقل الذى دفع الموظف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك .

الغلط ويجعلون معياره الغلط الجوهرى ولو وقع فى الباعث ، ولكنهم يقفون عند هذا ويبقون على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط فى السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلا، والغلط فى الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال . فيترتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقتى السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلا، وإذا سميناها بالغلط فى الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال [1] .

هذا التناقض المعيب توقاه القانون المصرى الجديد. فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة فى كل من الغلط والسبب ، وانبنى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة ، فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هى التى تنطبق أحكامها على هذه المنطقة ، فيكون الغلط فى كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال. ولا يكون هناك محل للقول بأن السبب المغلوط يجعل العقد باطلا، فالسبب الذى يجعل العقد باطلا فى القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده [2] .

(١) أنظر فى التوفيق ما بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث بلانيول وريبير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ الجزء الثانى فقرة ٢٠٥ وفقرة ٢٩٩ وفقرة ٣٠٤ وفقرة ٨٢٤ - أما الفقه المصرى فقد سار وراء الفقه الفرنسى فى هذا التناقض : أنظر الدكتور عبدالسلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ١٣٠ - الدكتور محمد وهيبة فقرة ٢٦٠ وفقرة ٣١٨ - قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٥ هامش رقم ٢ - وقارن والتون ١ ص ٥٢ - ص ٥٣ - ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط فى الباعث (فى ظل القانون القديم) لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهرية فى الشىء أو فى الشخص (الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٩) . ومنهم من يتبين أن نظرية الغلط هى نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق تلك بهذه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود بعد ذلك فيجعل الجزاء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبى (قابلية العقد للابطال) لا البطلان المطلق (الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٧٣ وص ١٧٩ و ص ١٩٨ و ص ٢٣٢ - ص ٢٣٤). أنظر أيضاً فى هذا الموضوع مؤلفا موضوعاً بالفرنسية للدكتور شفيق شحاته فى الالتزامات ص ٤٢ - ص ٤٣ .

ونرى أن الذى دعا إلى حيرة الفقه فى هذه المسألة الدقيقة هو تطور النظريات القانونية وتدخلها بعضها فى بعض ، فتبقى الحلول القديمة قائمة بالرغم من أنها تقصر عن مسايرة هذا التطور . فقد كان مسلما فى ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث، وانبنى على ذلك أن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلا، أما الغلط فى الباعث فلا يؤثر فى صحة العقد . ومنذ تطورت النظرية التقليدية فى الغلط، واستبدل بالمعيار الموضوعى معيار ذاتى ، أصبح الغلط فى الباعث يؤثر فى صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يزعزع سلامة التمييز ما بين الغلط فى السبب بمعناه التقليدى والغلط فى الباعث، فلا زال الغلط فى الحالة الأولى يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الحالة الأخرى فأثره بقى مختلفاً عن أثره فى الحالة الأولى وإن كان قد تطور فأصبح يجعل العقد قابلا للابطال . إلى هنا بقى التمييز سليما ما بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث . ولكن منذ تطورت نظرية السبب هى أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط، واختلط السبب بالباعث فى النظرية الحديثة ، وصار متعيناً أن تجعل حكم الغلط فى السبب هو حكم الغلط فى الباعث دون تمييز بين الحالتين . ومع ذلك بقى الفقه إلى حد كبير محتفظاً بهذا التمييز، لم يلق بالا إلى ما حدث من التطور .

(٢) وسنرى عند الكلام فى نظرية السبب أن القانون الجديد قد أخرج السبب المغلوط (أو السبب غير الصحيح) من منطقة السبب ، واقتصر على ذكر السبب غير المشروع . =

١٧٤ - الغلط فى الواقع والغلط فى القانون : وفى كل ما قدمناه من تطبيقات لمعيار الغلط الجوهرى ، سواء وقع الغلط فى الشئ أو الشخص أو القيمة أو الباعث، لا نفرق بين ما إذا كان الغلط هو غلط فى الواقع أو غلط فى القانون . فما دام جوهرياً ، أى مادام هو الذى دفع إلى التعاقد ، فإنه يجعل العقد قابلا للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ من القانون المدنى الجديد إذ تقضى بما يأتى : «يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره» [1] . ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء والفقه فى مصر سارا على أن الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل العقد قابلا للإبطال [2] .

والذى كان يلبس الأمر فى هذه المسألة وقت قيام القانون القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون: «لا يفرض فى أحد أنه يجهل القانون»(Nul n'est censé ignorer la loi).

= هذا ويلاحظ أنه إذا كان حكم الغلط فى السبب بالمعنى الحديث هو حكم الغلط فى الباعث فيكون العقد قابلا للابطال فى الحالتين كما قدمنا ، فإن الغلط فى السبب بمعناه التقليدى ، أى الغلط المتعلق بالغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، لا يزال غلطاً يحول دون تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل على ما سنرى عند الكلام فى السبب ، فإذا وقع جعل العقد باطلا كما أسلفنا القول .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «الغلط فى القانون كالغلط فى الوقائع ، يجعل العقد قابلا للبطلان ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك». وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وترددت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ طويلا فى استبقاء المادة أو حذفها اكتفاء بالقواعد العامة ، واستقر رأيها أخيراً على استبقائها بعد تعديلها على الوجه الآتى: «يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره» . وأصبح رقم المادة ١٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٥٩ - ص ١٦٤) .

(٢) دى هلتس لفظ (convention) فقرة ٦٠ - والتون ١ ص ١٨٦ - ص ١٨٩ - الدكتور محمود وهيبة فقرة ٢٦٢ - الدكتور عبدالسلام ذهنى بك فقرة ١٢٠ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٧٢ - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٣ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٦٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الواقع فى صفة جوهرية فى الشئ يفسد الرضاء لا فرق فى ذلك بين غلط فى القانون وغلط فى الواقع (٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤). وقضت كذلك بأن الاعتراف بصفة الحائز لعقار لا يكون صحيحاً إذا كان مبنياً على غلط فى القانون (١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢)، وبأن إمضاء الورثة على محضر جرد التركة، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث فى مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر إجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التى أمضت محضر الجرد تجهل حكم القانون فى بيع المريض مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة (٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١).

ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر في ذلك . ويدخل في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٧ في المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو ٧ في المائة ، فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون وأنه ما كان يقرض نقوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٧ في المائة، بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ في المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام ، فلا شك في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتمسك به لطلب إبطال العقد ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ على أنه «لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون»(١) .

---

(١) ولكن يجوز الطعن في الصلح لغلط في الواقع ، كما إذا صالح الدائن المدين على مبلغ الدين وكان الدافع لهذا الصلح توهم الدائن يسار المدين (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨م ٥٠ ص ٢٦١) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ١٢٢ ما يأتي : «قصد المشروع... إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط في القانون . فكثيراً ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبي استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق فيكون للغلط في القانون ، متى ثبت أنه جوهري ، شأن الغلط في الوقائع من حيث ترتيب البطلان النسبي ، ما لم يقض القانون بغير ذلك ، كما هي الحال مثلا في عقد الصلح . وقد جرى القضاء المصري على ذلك : أنظر استئناف مختلط في ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤ – ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ – ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٩) .

ويلاحظ أن المراد بالغلط في القانون الغلط في القواعد القانونية التي ليست محلا للخلاف ، فهذا هو الذي يحتج به . أما الغلط في المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦ – وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٢ – وفي ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٤) . ولكن يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فعلا ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجح رأياً على رأي خطأ منه عد هذا غلطا في القانون (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ يناير سنة ١٩٢٤م ٣٦ ص ١٥٦) . وقد يتفق أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين ، ويجرى تعامل الناس على مقتضى الرأي الذي سار عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى آخر، ففي مثل هذه الحالة يجدر اعتبار الغلط في القانون مؤثراً في صحة العقد (أنظر في تحليل القضاء الفرنسي في هذا الموضوع رسالة الدكتور فهمي نور ص ٧١ – ص ٧٦).

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه بني على حصول غلط في القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو مجمع =

ومن المفيد أن نطبق هذا المبدأ على جميع أنواع الغلط التي سبق تفصيلها . فالغلط في القانون الواقع في صفة جوهرية في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد. ومثل الغلط في القانون الواقع في شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد . ومثل الغلط في القانون الواقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف . ومثل الغلط في القانون الواقع في الباعث ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير في التركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاء الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون(١) .

ب – كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

١٧٥ – الغلط المشترك : لم نعرض في كل ما قدمناه إلا للمتعاقد الذي وقع في الغلط، فهو الذي نطبق في شأنه المعيار الذاتي ، معيار الغلط الجوهري . ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط ، غير متصل به على وجه من الوجوه ، والمعيار كما قدمنا ذاتي ، وكثيراً ما يكون جاهلا بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له؟ إننا إذا قلنا بذلك تزعزع التعامل، ولم يأمن أي متعاقد أن يرى العقد الذي اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر ، وهو بعد لم يدخل في سريرته فيعلم إن كان رضاؤه قد صدر عن غلط!

من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء إن الغلط الفردي لا يكفي ، بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين (erreur commune) . ذلك أن المتعاقد إذا وقع في غلط جوهري واشترك معه المتعاقد الآخر في هذا الغلط ، ثم تبينت الحقيقة وطلب المتعاقد الأول

= عليه من القضاء . فإذا حرر أحد منكوبي حريق حدث بقطار سكة حديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزانة المديرية ١٥٠ جنيها بصفة إحسان ، وأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفها هذا أي حق في مطالبتها بشيء ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط في القانون . والحكم الذي يعتبره كذلك مستنداً إلى أن المقر كان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الحديد غير مسئولة عن الحادث ، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يعتقد أنه لاحق له فيه ، هو حكم مخالف للقانون متعين نقضه . وذلك لأن الأمر الذي يحتمل أن صاحب الإقرار كان يجهله هو المسئولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل في تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها . وهذه المسئولية لا يقطع بها في القانون المصري نص صريح فيه أو إجماع من جهة القضاء ، فجهلها إذن لا يشوب الإقرار بالغلط المستوجب لفساد رضاء المقر، ويتعين إذن إعمال الإقرار وأخذ صاحبه به (نقض مدني في ٣ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٣٩٤) .

(١) ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ – جازيت ٨ رقم ١٩٣ ص ٧٩ .

إبطال العقد ، فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه ، ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلقل المعاملات وعدم استقرارها . فإذا فرضنا مثلا أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور ، وجب أن يكون كل من البائع والمشترى يعتقد أن الصورة هى من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشترى طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشترى وحده هو الذى يعتقد ذلك دون البائع ، فلا يكون هذا الغلط مشتركاً ، ولا يجعل البيع قابلا للإبطال حتى لا يفاجأ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذى وقع فيه المشترى .

هذه هى نظرية الغلط المشترك ، وهذه هى الحجج التى يقدمها أنصار هذه النظرية للتدليل على صحة نظرهم . ولكننا لا نشك بالرغم مما يقدمون من حجج ، أن النظرية لا تتمشى مع المنطق ، ولا تتفق مع العدالة ، ثم هى ليست ضرورية لتحقيق الغرض العملى المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر.

أما أن النظرية لا تتمشى مع المنطق فظاهر ، لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه، ولا يمنع فساد هذا الرضاء كون المتعاقد الآخر لم يشترك فى الغلط . فيجب منطقياً إبطال العقد إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له إلى التعاقد، سواء وقع المتعاقد الآخر فى هذا الغلط أو لم يقع .

وأما أن النظرية لا تتفق مع العدالة ، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً، ولكن المتعاقد الذى صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذى وقع فيه المتعاقد الآخر، وتركه مسترسلا فى غلطه دون أن ينبهه إلى ذلك . فالغلط فى مثل هذه الحالة يكون فردياً، وليس من شأنه أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك . ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقد الأول ، ولنفرض أنه وقف موقفاً سلبياً محضاً ، فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه . وبديهى أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فإنه إذا كان عدلا أن يبطل العقد فى حالة اشتراك الطرفين فى الغلط ، فالأولى أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبهه إليه .

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل، فإن ذلك يظهر فى وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردى ، واقتصرنا على اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بهذا الغلط على الوجه الذى سنبينه فيما يلى :

١٧٦ – الغلط الفردى الذى يتصل به المتعاقد الآخر : يكفى إذن أن يكون الغلط فردياً. [(١)] ولكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك فى هذا الغلط وجب، حتى تمتنع مفاجأته

(١) وقد سارت محكمة النقض فى هذه النظرية إلى النهاية ، فاكتفت بأن يكون الغلط فردياً حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ، وأجازت الحكم له بتعويض تطبيقاً لقواعد المسئولية التقصيرية . فقضت بأنه إذا أثبت المتعاقد أنه كان واقعاً فى غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط ما كان عقد المشارطة ، حكم =

بدعوى الغلط ، أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . وهذا ما تقضى به المادة ١٢٠ من القانون الجديد، فهى تنص على أنه «إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى ، جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » [(١)] (1).

وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ، وفاجأ المتعاقد الذى وقع فى الغلط المتعاقد

= له ببطلانها ولو كان المتعاقد الآخر حسن النية غير عالم بغلط صاحبه ، إذ أن حسن نيته ليس من شأنه أن يقيم مشارطة باطلة ، وإنما هو قد يجعل له على الغالط حقاً فى تعويض إن كان يستحقه طبقاً لقواعد المسئولية . فإذا قضى الحكم ببطلان الإقرار الموقع من الممول بموافقته على تقدير مصلحة الضرائب لأرباحه بناء على أن موافقته كانت عن غلط وقع فيه ، فإنه لا يكون بحاجة إلى تحرى علم مصلحة الضرائب بغلطه (نقض مدنى فى أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦). ولكن يلاحظ أن مصلحة الضرائب لها وضع خاص، وشأنها ليس كشأن المتعاقد العادى . فهى إذا لم تعلم بغلط الممول كان كل ما أصابها من ضرر هو أن فات عليها ربح غير مشروع ، فهل لها أن تشكو من ذلك ! .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٦٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى وقت إتمام العقد ، فيجوز له أن يتمسك بالبطلان إن كان المتعاقد الآخر، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جره بموقفه إلى الوقوع فى الغلط ، أو كان واقعاً مثله فيه ، أو كان يعلم بوقوع الغلط ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك» . وقد حذفت لجنة المراجعة عبارة «ولو لم يرتكب خطأ، قد جره بموقفه إلى الوقوع فى الغلط» لأن هذه العبارة تفترض حالة يندر وقوعها وإذا وقعت أمكن أن تندرج تحت حالة من الحالات الأخرى، وحذفت عبارة «وقت إتمام العقد» لعدم ضرورتها. وأصبح رقم المادة ١٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. أما لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ فبعد تردد طويل وافقت على المادة كما أقرها مجلس النواب وأصبح رقمها ١٢٠ ، وقالت فى تقريرها ما يأتى : «اقترح الإعراض عن نظرية الغلط المشترك كما تقررها المادة ١٢٠ من المشروع ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة الغلط الفردى فى إطلاقها تخل باستقرار المعاملات وتفسح المجال لضروب من الإدعاءات والمفاجآت انعقد الإجماع على وجوب توقيها. ونص المشروع فى الغلط يتمشى مع النظرية التقليدية ، ولا تزال هذه النظرية صالحة للعمل بها، فهى تؤدى إلى تحصيل نفس النتائج التى يصل إليها الفقه الآن عن طريق نظريات أخرى، هذا إلى أنها تمتاز بالوضوح وهى بعد تستعرض فروضاً مختلفة فى الغلط إذا كانت تشترك جميعاً فى أن الغلط فيها مبطل للعقد فإنها تختلف فى بقية الأحكام ، فالغلط إذا كان مشتركا بين البائع والمشترى كان البائع حسن النية ولا يتعرض إلا إلى إبطال العقد ، أما إذا انفرد المشترى بالغلط فالبائع إما أن يكون على علم بذلك ويكون سيئ النية ويلزم فوق إبطال العقد بالتعويض وهذه حالة أدنى ما تكون إلى التدليس ، وإما أن يكون من السهل عليه أن يتبين غلط المشترى وقد يكون فى الظروف فى هذه الحالة ما يجيز اعتباره مقصرا وإلزامه بالتعويض بسبب هذا التقصير» . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٠ – ص ١٥٤) .

(1) طلب المتعاقد ابطال العقد لوقوعه فى غلط جوهرى عند التعاقد يستلزم وفقا لنص المادة ١٢٠ من القانون المدنى ، أن يثبت إما أن المتعاقد الآخر اشترك معه فى الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

(جلسة ١٩٨٣/٤/٢٧ الطعن ٤١٠ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٩٤/٧/١٢ الطعن ٣٤٩ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعنان رقما ٨٢٤٠، ٨٢٩٦ السنة ٦٥ ق س ٤٨ ص ٩٥٢).

(جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ الطعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق)

الآخر بدعوى الغلط ، ولزم أن نبطل العقد ، فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له في ذلك، والمخطئ هو المتعاقد الأول الذى أهمل فى كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من غلط . فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض فى هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً [1] . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر لا علم له بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . أما إذا كان عالماً بالغلط وأنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له فى الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سئ النية . وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك فى الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً [1] . ويخلص لنا من كل ذلك أن الغلط الجوهرى لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً ، أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو فإنها لا تتنافى مع استقرار التعامل، ذلك لأن المتعاقد الذى وقع في الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلا للزعم بأنه فوجئ بطلب إبطال العقد. فقد ثبت [3] أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى الغلط ، أو كان يعلم به . أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو فى الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن

---

(١) بقاء العقد صحيحاً هو كما قررنا على سبيل التعويض . إذ أن العقد هنا لم يقم على إرادة المتعاقدين الحقيقية، لأن إرادة أحدهما غير صحيحة وهو يتمسك بإبطال العقد . بل قام العقد على أساس اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار المعاملات . وقد سبق أن أشرنا إلى أمثلة أخرى من هذا النوع ، منها العقد الذى تختلف فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، ومنها العقد الذى لا يقترن فيه القبول بالإيجاب إلا حكماً ، فلا يقوم العقد فى كل هذه الأحوال على توافق الإرادتين ، بل على الثقة المشروعة .

وواضح فى كل ما قدمناه أن المقصود بالإرادة الإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولو اعتددنا بالإرادة الظاهرة لقام العقد على توافق الإرادتين . ومن ثم يصح القول بأن القانون الجديد قد أخذ فى الحالات المتقدمة الذكر بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، تحقيقاً لاستقرار التعامل .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الفردى كاف لإبطال العقد حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر ما دام أنه كان يستطيع أن يعلم به . فقد اصطلح سنديك تاجر مفلس على دين للمفلس فى ذمة إحدى الشركات ، وكان السنديك يجهل أن هذا الدين مضمون برهن، ولو علم بذلك لما رضى بهذا الصلح . وثبت من جهة أخرى أن الشركة التى اصطلحت مع السنديك ، ولو أنها كانت لا تعلم بجهل السنديك بوجود الرهن ، إلا أنها كانت تستطيع أن تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السنديك . فأبطلت المحكمة العقد للغلط (٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٠) .

(٣) والذى يدعى الوقوع فى الغلط هو الذى ينهض بعبء الإثبات . ويثبت وقوعه فى الغلط واتصال المتعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإثبات ، لأنه يثبت وقائع مادية . ومما يجعل هذا الإثبات عسيراً أن يكون الغلط الذى وقع فيه غلطاً لا يعذر من أجله ، فإن مثل هذا الغلط يبعد أن يكون المتعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . ومن هنا وجد معيار آخر هو الغلط المغتفر (erreur excusable) والغلط غير المغتفر (erreur inexcusable) . فالغلط المغتفر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يتبينه . أما الغلط غير المغتفر فيفرض فيه أن المتعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يتبينه إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه . ويجوز إذن القول بأن الغلط إذا كان غير مغتفر كان هذا قرينة قضائية على جهل المتعاقد الآخر به وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يتبينه .

يسلم بإبطال العقد ، وهو فى الثانية سئ النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو فى الثالثة مقصر وتعويض التقصير الإبطال [1] .

وغنى عن البيان أننا إذا اشترطنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بالغلط على النحو المتقدم، فإن ذلك يعنى أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهرى هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول [2] .

---

(١) هذا وقد رأينا أن المادة ١٦٧ من المشروع التمهيدى كانت تنص على حالة رابعة أغفلها المشروع النهائى لأنها تندرج فى الحالات الأخرى ، وهى حالة ما إذا كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جر المتعاقد الأول بموقفه إلى الوقوع فى الغلط .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : «كان من واجب المشرع أن يقطع برأى معين فى مسألة المفاضلة بين اشتراط الغلط المشترك ، وهو مما يقوم بذهن العاقدين معاً، والاجتزاء بالغلط الفردى. وقد اكتفى المشروع بالغلط الفردى بوجه عام. بيد أنه اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفى التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جر الآخر إليه بموقفه ، أو أن يكون عالماً بوقوعه، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . ويلاحظ أن المتعاقد الآخر فى هذه الفروض الثلاثة ينسب إليه أمر يرتب مسئوليته ، وهذا ما يبرر طلب البطلان . أما إذا بقى بمعزل عن ظروف الغلط ، بأن وقف موقفاً لا يجر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به أو تبينه ، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد إلا إذا سلم بوجوب تعويض هذا المتعاقد ، عملا بنظرية الخطأ فى تكوين العقد ، وهذا هو ما اتبعه التقنين الألمانى ... أما المشروع فقد ذهب إلى ما هو أيسر من ذلك ، فبدلا من أن يخول من وقع فى الغلط حق التمسك بالبطلان ، ثم يلزمه فى ذات الوقت بتعويض ما يصيب العاقد الآخر من خسارة ، جعل للعقد حكم الصحة وهيأ بذلك أجدى تعويض لهذا العاقد . وليس هذا إلا تطبيقاً تشريعياً خاصاً لنظرية الخطأ فى تكوين العقد ... هذا وينبغى التنويه بأمرين : (أولهما) أن الغلط الذى يبرر إبطال العقد، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان ، أو يتسبب فيه أحدهما ، أو يعلم به ، أو يكون فى مقدوره أن يعلم به، قد يلقب اصطلاحاً «بالغلط المغتفر» . ويصبح الغلط «غير مغتفر»، ولا يؤدى بذلك إلى إبطال العقد، إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد الآخر ، أو يجره إليه ، أو يعلم به ، أو يستطيع العلم به. (والثانى) أنه لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط فحسب، بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبرام العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٢ – ص ١٤٣) .

هذا ويلاحظ أن القانون الجديد، باشتراطه اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، وباتخاذه قرائن موضوعية لإثبات الغلط فى ذاته، قد تخفف من النزعة النفسية المغرقة التى تميز نظرية الغلط فى المدرسة اللاتينية. وقد يرى بعض أنصار هذه المدرسة فى هذا ابتعاداً عن التقاليد اللاتينية، ولكنه ابتعاد تبرره الرغبة فى استقرار التعامل ، وهو على كل حال ليس ابتعاداً عن تقاليد الفقه والقضاء فى مصر . والصلة ظاهرة بين القرائن الموضوعية التى تثبت الغلط وبين اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، فإن هذه القرائن الموضوعية كثيراً ما تثبت الغلط وتثبت اتصال المتعاقد الآخر به فى وقت واحد .

(٢) أنظر فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠ . هذا ، وحتى يتيسر للمتعاقد الذى وقع فى الغلط أن يثبت ما يجب عليه إثباته، يلجأ فى أكثر الأحيان إلى أن يبين فى العقد صراحة ما قام فى ذهنه من الاعتبارات التى دفعته إلى التعاقد ، كأن يذكر الوصف الذى اعتبره فى الشئ أو فى الشخص أو الباعث الذى حمله على أن يتعاقد أو القيمة التى يقدرها للشئ، حتى يثبت بذلك علم المتعاقد الآخر بالدوافع التى ساقته إلى التعاقد ، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان واهما فيما قدره ثبت فى الوقت ذاته أن المتعاقد الآخر كان عالما بما وقع فيه من الغلط . والقضاء الفرنسى يلجأ فى كثير من أحوال الغلط إلى الاستناد إلى أن الشئ الذى وقع فيه الغلط كان محل بيان فى العقد .

وتص القانون الجديد واضح فى أن المطلوب إثباته هو أن يكون المتعاقد الآخر واقعاً فى ذات الغلط =

ويتبين مما قدمناه أنه لا تبقى إلا حالة واحدة لا يكفى فيها الغلط الفردى لإبطال العقد، هى ألا يتمكن المتعاقد الذى وقع فى الغلط من إثبات أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه [1].

= الجوهرى الذى وقع فيه المتعاقد الأول ، أو أن يكون على علم بهذا الغلط الجوهرى أى على علم بأن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبين أن هذا الغلط الجوهرى هو الذى ساق إلى إبرام العقد . وهذا معناه أن الغلط الجوهرى يجب أن يقع فى دائرة التعاقد (dans le champs contractuel) . وكان من الممكن أن يقف القانون عند هذا الضابط الأخير (أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠) ، لولا أن الحالات الثلاث التى فصلها النص يحسن تمييز كل حالة منها عن الأخرى لأهمية ذلك من الناحيتين العملية والقانونية .

أما الناحية العملية فأمرها ظاهر ، إذ التفصيل يرسم فى الذهن صورة عملية من هذا الضابط . فلو اقتصر القانون على أن يذكر أن الغلط الجوهرى يجب أن يقع فى دائرة التعاقد لاحتاج النص إلى بيان وتفسير ، ولا يتم التفسير إلا بتفصيل هذه الحالات الثلاث ، ولعاب النص فوق ذلك أن تكون صيغته أدنى إلى الفقه النظرى منها إلى التشريع العملى .

وأما الناحية القانونية فتستلزم تفصيل الحالات الثلاث لأن أحكامها ليست واحدة. فالحالة الأولى ، وهى حالة الغلط المشترك ، لا محل فيها للتعويض على المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، وبحسبه أن يبطل العقد، ما دام المتعاقد الآخر كان مثله واقعاً فى الغلط أى كان حسن النية . أما الحالتان الآخريان – وهما حالة علم المتعاقد الآخر بالغلط وحالة سهولة تبينه للغلط – فقد يكون فيهما محل للتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء سوء نية المتعاقد الآخر فى حالة علمه بالغلط ، أو من جراء تقصيره فى حالة ما إذا كان من السهل عليه أن يتبين الغلط ، (أنظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٨٩)، والتعويض أقرب منالا فى الحالة الثانية منه فى الحالة الثالثة .

(١) ومن ذلك يتبين أن محكمة استئناف مصر كان فى استطاعتها أن تلجأ إلى هذا المبدأ لتبرير حكم أصدرته على الوجه الآتى : «إذا باع شخص عقاراً لتسديد دين مورثه ، وظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً، فلا يجوز له أن يرفع دعوى ببطلان البيع للغلط لأنه كان يجهل براءة مورثه من الدين، وذلك لأن الغلط فى هذه الحالة يكون فى الباعث له على التعاقد لا فى سببه . والغلط فى الباعث لا أثر له فى صحة العقد أخذاً بالنظرية التقليدية للغلط الذى يعيب الإرادة . أما إذا أخذ بما استحدثه الفقه والقضاء من أن الغلط المؤثر فى صحة العقد هو الحاصل فى الدافع الرئيسى إلى التعاقد، ومن ثم لا يعود هناك محل للتفرقة بين السبب والباعث ، فإنه إذا تبين من ظروف الأحوال أن الدائن قد خاصم هذا الوارث بعد وفاة المورث من أجل هذا الدين ، وأنه أخذ فى تسديد الدين فعلا ، وأنه فى سبيل هذا التسديد باع عقاره أخيراً ليسدد ما اعتقد أنه باق من الدين فى ذمته ، دون أن يعنى بتحقيق هذه المسألة ومحاسبة الدائن، وكأنه قبل التعاقد وهو فى دخيلة نفسه يتحمل تبعة ما ينجلى عنه الواقع ، فى هذه الصورة لا يعتبر العقد باطلا للغلط إذا أخلف الواقع ظنه، لأن الواقع لم يخالف إرادته الفعلية بل هو خيب مجرد الأمل الذى يجول فى خاطره دون أن يرقى إلى منطقة الإرادة» (٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٩ رقم ١٠٤ ص ١٥٠) . ولو أن المحكمة قالت إن المشترى من الوارث لم يشترك فى هذا الغلط الدافع ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه لوصلت إلى عين النتيجة عن طريق قانونى سليم .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت أكثر توفيقا فى إبراز المعنى الصحيح حين قالت : «لا يجوز للقضاء أن يبطل عقداً لمجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع فى غلط ما دام المتعاقد الآخر كان حسن النية وكان يجهل هذا الغلط ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده» (أول يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧١ ، وانظر حكماً آخر من محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦) .

١٧٧ – تطبيق الغلط الذى يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال الغلط المختلفة :
ويحسن أن نطبق نظرية الغلط الذى يتصل به المتعاقد على أحوال الغلط المختلفة – الغلط فى الشئ والغلط فى الشخص والغلط فى القيمة والغلط فى الباعث – حتى نتبين أن هذه النظرية تكفل استقرار التعامل على نحو مرضى .

فإذا كان الغلط فى الشئ ، وكان فى صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ولتكن مثلا أن الشئ الذى اشتراه أثرى ، وجب على المشترى إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشئ الذى ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان يظن مثله أن الشئ أثرى وأن هذه الصفة هى التى دفعت المشترى إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشئ غير أثرى وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشترى إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشئ أثرى . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عنى المشترى وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشترى الشئ لأنه أثرى . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشئ المقلد متناسبة بتاتاً مع هذا الثمن، وكالمهنة التى اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار فى الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط فى الشخص ، كمن يهب لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعى ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعى له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة ، وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذى قام فى ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذى دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط فى القيمة ، كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط، ولكن عليه أن يثبت أن المشترى كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة، أو أن هذا المشترى مع علمه بربح الجائزة كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بجهل البائع لذلك . ولا شك فى أن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشترى كان إما مشتركاً فى الغلط ، وإما عالما به ، وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط فى الباعث ، كما اذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه فى مرض الموت ثم شفى ، كان للبائع فى هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشترى كان يعتقد هو أيضاً أن البائع فى مرض الموت، أو أن المشترى يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه فى مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذى دفع المريض إلى البيع. وقد تقوم تفاهة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

ويتضح من التطبيقات المتقدمة أن القول بالغلط الفردى لا يصطدم مع استقرار التعامل متى روعيت قواعد الإثبات التى بيناها .

١٧٨ – التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية : وقد اشتمل القانون الجديد على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتى فى الغلط . فقضت المادة ١٢٤ بما يأتى : «١ – ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية . ٢ – ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد» (١) .

ويتبين من هذا النص أن أى تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية، يكون غير جائز، فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أن لها منفذاً إلى الطريق العام، ثم يتضح أنها محصورة، فيعرض عليه البائع النفقات التى يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التى قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك بالغلط فى هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضي به حسن النية، فلا يجاب المشترى إلى طلبه. ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف فى استعمال الحق .

وقد أورد الشق الثانى من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ . فقضى بأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، يبقى مع ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشترى عن هذه الجائزة. وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصى العقد . وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشئ الأثرى الذى قصد شراءه (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص كما هو فى المادة ١٧١ من المشروع التمهيدى. وأقرته لجنة المراجعة، وأصبح رقم المادة ١٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وقررت أغلبية لجنة القانون بمجلس الشيوخ استبقاء النص دون تعديل ، وأصبح رقم المادة ١٢٤. وتبين من مناقشات هذه اللجنة أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف فى استعمال الحق . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٦ – ص ١٧٠) . وانظر المادة ٢٥ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٣٨ من قانون الالتزامات البولونى . وانظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٤ ما يأتى : «أبيح لمن وقع فى الغلط أن يطلب بطلان العقد لأنه ما كان ليتعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً معقولا. تلك هى علة حق التمسك بالبطلان ، وهى بذاتها مرجع حدوده . فمتى كان من المحقق أن العاقد قد أراد أن يبرم عقداً، فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، ما دام أن العاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشترى شيئاً ، معتقداً خطأ أن له قيمة أثرية، مرتبطاً بعقد البيع ، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشئ الذى انصرفت نيته إلى شرائه . ويقارب هذا الوضع ما يتبع فى تحويل العقود كما سيأتى بيان ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٧). وسنرى عند الكلام فى تحول العقد إلى أى حد يتقارب الوضعان المشار إليهما فى المذكرة الإيضاحية وإلى أى حد يختلفان .

٢ – التدليس *

(Le dol)

١٧٩ – علاقة التدليس بالغلط : التدليس هو إيقاع المتعاقد فى غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط . والتدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذى يولده فى نفس المتعاقد .

والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) لأن التدليس إنما يكون فى أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد. كذلك يختلف التدليس (dol civil) عن التدليس الجنائى (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتيالية فى النصب عنصر مستقل قائم بذاته، وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة فى التدليس المدنى كما سنرى (١) .

ولما كان التدليس يؤدى إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبدأ بتحديد عناصر التدليس، ثم نبين أن نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس .

أ – عناصر التدليس

١٨٠ – عنصران : تنص المادة ١٢٥ من القانون الجديد على أنه «١ – يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد . ٢ – ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة

---

* **بعض المراجع** : مقال بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٥٤٥ – سالى فى إعلان الإرادة ص ٥٠ وما بعدها – ديموج ١ فقرة ٣٣٨ وما بعدها – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٩ وما بعدها – رسالة دريفيس (Dreyfus) فى التدليس المدنى والجنائى باريس سنة ١٩٠٧ – رسالة الدكتور يحيى تاج الدين فى التدليس وفى التصوير غير الصحيح ليون سنة ١٩٢٦ – رسالة جاى (Gay) فى التأثير غير المشروع فى القوانين الأنجلوسكسونية ديجون سنة ١٩٢٧ رسالة جورف (Gorphe) فى مبدأ حسن النية ، باريس سنج ١٩٢٨ – أجالشتين (Agalstein) فى التدليس والغش من ناقص الأهلية باريس سنة ١٩٢٨ – كوهين (Cohin) فى الكتمان الخاطئ باريس سنة ١٩٢٩ – رسالة بيران (Perrin) فى التدليس فى تكوين الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٣١ – برجيه – فاشون (Berger-Vachon) فى تدليس ناقص الأهلية فى تكوين العقود وفى تنفيذها المجلة الانتقادية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٧ – رسالة فوان (Vouen) فى حسن النية بوردو سنة ١٩٣٩ – والتون ١ ص ٣٠٧ وما بعدها – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٧٥ وما بعدها – الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٥ وما بعدها – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٦٧ وما بعدها.

(١) أنظر فى التمييز بين التدليس المدنى والتدليس الجنائى حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٢ .

إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة»[1] . وهذه المادة تقابل المادتين ١٣٦/١٩٦ من القانون القديم اللتين جرتا على الوجه الآتى : «التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى» . ولا فرق ما بين القانونين الجديد والقديم إلا فى ناحية الصياغة والأسلوب وفى النص صراحة فى القانون الجديد على التدليس السلبى.

وتنص المادة ١٢٦ من القانون الجديد على أنه «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس»[2] . وهذا النص لا مقابل له فى القانون القديم ، وقد حسم إشكالا كان قائماً سنفصله فيما بعد .

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين[3] : ١ – استعمال طرق احتيالية، وهذا هو العنصر الموضوعى . ٢ – تحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسى. وهذان العنصران كافيان ، ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير[4] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١– يكون التدليس سبباً فى بطلان العقد إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو شخص ينوب عنه، أو أجنبى اشترك معه فى هذه الحيل، من الجسامة بحيث لولاها لم يبرم الطرف الثانى العقد . ٢– ويعتبر سكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة أو ملابسة يجهلها المتعاقد الآخر سكوتاً تدليسياً إذا ثبت أن العقد ما كان ليتم لو علم هذا المتعاقد بهذه الواقعة أو تلك الملابسة». وفى لجنة المراجعة تقرر حذف عبارة «أو أجنبى اشترك معه فيه» من الفقرة الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة التالية ، وتقررت إعادة صياغة المادة بفقرتيها بحيث أصبحت مطابقة لنص القانون الجديد . وأصبح رقم المادة ١٢٩ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على المادة بعد استبدال عبارة «لما أبرم» فى الفقرة الأولى بعبارة «لم يبرم» ووافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٢٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرى ٢ ص ١٧١ – ١٧٤) . وانظر المادة ٢١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادتين ٥٢/٥٦ من التقنين التونسى والمراكشى، والمادة ٩٤ من التقنين البرازيلى .

(٢) أنظر المادة ٢٠٩ من قانون الالتزامات اللبنانى ، وانظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ١٨٤) .

(٣) والذى يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للتدليس هو الذى يحمل عبء إثبات هذا التدليس بعنصريه. ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، بما فى ذلك البينة والقرائن ، حتى لو كان العقد المطعون فيه بالتدليس مكتوباً لأن التدليس واقعة مادية (استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ – محكمة بنى سويف الجزئية فى ▮ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٧٧).

ووقوع التدليس مسألة موضوعية ، لقاضى الموضوع فيها الرأى النهائى . ولكن الوصف القانونى لوقائع التدليس مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، وذلك كالبت فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفى للتدليس ، وفيما إذا كان التدليس الصادر من الغير يؤثر فى صحة العقد (نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١٤ – وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩) .

(٤) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادتين ١٢٥ و ١٢٦ ما يأتى : «يشترط فى التدليس إذا صدر من أحد المتعاقدين، سواء أصدر من المتعاقد نفسه أم من نائبه أم من شريك له، =

١٨١ – استعمال طرق احتيالية : الطرق الاحتيالية تنطوى على جانبين : جانب مادى هو الطرق المادية التى تستعمل للتأثير فى إرادة الغير، وجانب معنوى هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع[1] .

فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد ، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد، فالمعيار هنا ذاتى . والأمثلة كثيرة : فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس فى أمرها. وهناك أفراد يظهرون بمظهر اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفات منتحلة . وهناك من يخفى المستندات، ومن يصطنعها ، ومن يزور فيها ، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذى يريد[2] . ولا يكفى مجرد المبالغة فى القول ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب ما دام أن ذلك مألوف فى التعامل ، كالتاجر يروج لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف[2] .

= أن ينطوى على حيل . بيد أن هذه الحيل تختلف عن سميها فى النصب الجنائى، إذ يكفى فيها مجرد الامتناع من جانب العاقد ، كسكوته عمداً عن واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر . والواقع أنه ليس ثمة تطابق بين تعريف التدليس المدنى والتدليس الجنائى . ومهما يكن من أمر، فليس ينبغى أن يعتد فى تقدير التدليس بما يسترسل فيه المتعاقد من آراء بشأن ما للتعاقد من مزايا أو عيوب، متى كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة المجردة عن الضبط والتخصيص (انظر المادة ٦٦٧ من التقنين الألمانى) . ويشترط كذلك أن تكون الحيل التى تقدمت الإشارة إليها قد دفعت من ضلل بها إلى التعاقد. ومناط التقدير فى هذا الصدد نفسى أو ذاتى ، كما هى الحال بالنسبة لعيوب الرضاء جميعاً». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٢).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الجمعية التى تتخذ لها مظاهر من الإعلان توهم أن أعضاءها مسئولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تدليسا يبطل التعاقد الذى يتم بينها وبين الغير (٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٣) . ويكون باطلا للتدليس عقد التأمين الذى يتقدم فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الطبى (استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وإذا أظهر الدائن ما من شأنه إيهام الكفيل بقيام المدين بتعهداته فجدد الكفيل كفالته تحت تأثير هذا الإيهام، فالتجديد قابل للابطال (محكمة الاستئناف الوطنية فى ٣٠ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٧٥ – أنظر حكماً آخر لهذه المحكمة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢٢) ./ وانظر نظرية العقد للمؤلف ص ٣٩٣ حاشية رقم ١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ – وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ .

(1) يشترط فى الغش والتدليس على ما عرفته المادة ١٢٥ من القانون المدنى أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة ، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا.

(جلسة ١٩٩١/١١/٢٩ الطعن ١٢٩٧ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ الطعن ١١٩٦ السنة ٥٧ ق س ٤٤ ص ٢١٧)

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٩٧/٣/١ الطعن ٣٦٣٩ السنة ٦١ ق س ٤٨ ص ٣٨٩)

(جلسة ٢٠٠١/٤/٢٨ الطعن ٤٣١ لسنة ٦٦ ق احوال شخصية)

على أنه لا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الاحتيالية مستقلة عن الكذب، قائمة بذاتها . كما يشترط ذلك في النصب الجنائي . ففي بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقاً احتيالياً في التدليس [(1)] . فالمهم إذن في الطرق الاحتيالية ليس أنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسند الكذب، بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحمله على التعاقد تضليلا، واختار الطريق الذي يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتنصب له حبائل معقدة ، ومنهم من يسهل غشه فيكتفي في التدليس عليه بمجرد الكذب [(2)] [(1)] .

بل قد يكون التدليس عملا سلبياً محضاً . فيكفي مجرد الكتمان (réticence) طريقاً احتيالياً . والأصل أن الكتمان لا يكون تدليساً ، إلا أن هناك أحوالا يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان ، فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفضاء به ، ويعد تدليساً منه أن يكتمه [(2)] . وتارة يكون الالتزام بالإفضاء مصدره نص في

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التأكيدات غير الصحيحة التي تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الأخر التأثير الذي يحمله على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلا للابطال متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضاء (٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٨١) . وقضت محكمة أسيوط الكلية بأن الكذب للتحايل للحصول على عمل باعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخدماته السابقة من شأنه أن يؤثر التأثير الكافي في رضاء من تم التعاقد معه على العمل ، وبذلك يكون العقد قابلا للابطال (٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٥٥) .

(٢) على أن الأصل هو أن مجرد الكذب لا يكفي للتدليس ما لم يتبين بوضوح أن العاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب ، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس (محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧م ٩ ص ٢٦٣ – وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٨م ١٠ ص ١٨٤ – وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ – محكمة المنيا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ ص ٢٦٧) . ويلاحظ أنه كثيراً ما يعتبر إعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تدليساً يبطل العقد، كما إذا ذكر المؤمن له وهو بحار أنه مزارع فيخفي بذلك عن الشركة الأخطار التي تنجم عن مهنته (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ مايو سنة ١٩١٩م ٣١ ص ٣١٦) ، وكما إذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥) . وتعتبر المبالغة عن سوء نية في قيمة الشئ المؤمن عليه أو في مقدار الضرر الحاصل تدليساً (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ – وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ٧٩ – وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٣ – وفي ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٤) .

(1) تقدير أثر التدليس في نفس العاقد المخدوع ، وما إذا كان الدافع إلى التعاقد ، من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع .

(جلسة ١٩٧٣/٣/١٣ الطعن ٣٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ٣٩٦)

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٥ الطعن ٨٧ لسنة ٤٧ ق س ٣١ ص ١٣٧٣)

(جلسة ١٩٨٦/٥/٨ الطعن ١٠٥٠ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ اتلطعن ١١٩٦ لسنة ٥٧ ق)

(2) أ – اذ قضى الحكم المطعون فيه بفسخ البيع والزام البائعين متضامنين بأن يردا إلى المشترى ما = =

القانون [(1)] . وطوراً يكون مصدره الاتفاق الصريح . ولكن في كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز الغش ، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمراً هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة ، ويدرك أحد المتعاقدين خطره، ويعرف أن المتعاقد الآخر يجهله ، ومع ذلك يكتمه عنه ، فيحمله بذلك على التعاقد [(2)] . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ إذ قضت بأن «يعتبر تدليساً السكوت

قبضاه من الثمن مع الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة الرسمية حتى الوفاء أقام قضاءه على ما وقع من البائعين من تدليس على المشترين بكتمانهما عنه عند التعاقد أمر الحكم الصادر باغلاق المحل فأنه يكون غير منتج ما ينعاه الطاعنان على هذا من أنه من أغفل الاعتبار بعلم المشترى عند شرائه بأن الدكان غير مرخص، وهي مسألة تختلف عن صدور حكم قبل البيع باغلاق المحل .

(جلسة ١٩٥٢/٥/١٥ الطعن ٣٢٦ لسنة ٢٠ ق)

ب – مجرد كتمان العاقد واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر أو ملابسة تدليس تجيز ابطال العقد . شرطه ثبوت أن المدلس عليه ما كان يبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمداً المادة ١٢٥ مدني (جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ الطعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٧ ق) .

(جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ الطعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق)

(١) أنظر مثلا المادة ٧٦٤ من القانون المدني الجديد في التأمين على الحياة .

(٢) مثل ذلك أن يصطلح وارث مع مدين للتركة ، ويكتفي الوارث بأخذ جزء من الدين وهو يجهل أن هناك تأميناً يضمن الدين كله ، ويعلم المدين جهل الوارث بذلك فيكتم عنه أمر الضمان حتى يحمله على هذا الصلح ، وكأن يبيع شخص لآخر منزلاً ويكتم عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للمنفعة العامة . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار إذا كتم عن المشترى أن هذا العقار مستحق كلياً أو جزئياً وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما يثقل العقار من الحقوق ، كان هذا تدليساً (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧) . ولكن مجرد علم البائع أن دعوى استحقاق قد رفعت ضده ، فلا يخبر المشترى بذلك دون أن تكون عنده نية التدليس ، بل وهو صحيح الاعتقاد بملكيته وبملكية من باع له، لا يعد تدليسا ، وبهذا قضت محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها ما يأتي : «وحيث إنه حتى إذا أخذ في مثل صورة الدعوى بالتدليس السلبي، واعتبر المدعى عالما بدعوى الاستحقاق ، واستنتج علمه من وصول إعلان الدعوى المختلطة إليه في حينه وقبل تحرير العقد الابتدائي ، فإن ما جاء على لسان البائع من أن المبيع خال من جميع الرهون والحكر والحقوق العينية كانت .... وما جاء به من أنه مكلف بتقديم مستندات التمليك قبل العقد النهائي ومن قيام هذا البائع بتسليم عقد البيع الرسمي الصادر له من البائعين وكشوف خلو العين المبيعة من التصرفات على ما سبق تفصيله بصدر هذا الحكم – ما جاء من ذلك يدل على أن البائع كان صحيح الاعتقاد بملكيته وملكية من باع له ، وأنه ليس في حاجة إلى أن يخدع المشترية بكتمان دعوى الاستحقاق أمام المحكمة المختلطة لأن الملك على كل حال هو من ضمانه وضمان بائعيه ، فإذا استحق عليه أو على المشترية منه كان لها عند ذلك أن ترفع دعوى الضمان فسخاً للبيع والزاماً له بالتضمينات» (نقض مدني في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن البضائع الموجودة بمحله من السرقة ، وقرر كذباً في إجابته عن الأسئلة المدونة في طلب التأمين أنه يقيد مشترياته ومبيعاته في سجل خاص وأنه يحتفظ بقائمة جرد بضاعته ، وكان منصوصاً في وثيقة التأمين على بطلان عقد التأمين إذا كان ما قرره طالب التأمين غير صحيح ، ثم استخلص الحكم استخلاصا سائغاً أن البيانات المشار إليها هي بيانات جوهرية ذات أثر في تكوين التعاقد، ورتب على عدم صحتها سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إعمالا لنص العقد ، فإنه لا يكون أخطأ في تطبق القانون . ولا يغير من ذلك أن =

عمداً عن واقعة إو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة» . ومن ذلك نرى أن الكتمان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية فى الأمر الذى بقى مكتوماً : (١) أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد الذى يجهله تأثيراً جوهرياً ، (٢) أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره ، (٣) أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول، (٤) ألا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر [١] . وأكثر ما يكون

= البيان الكاذب لم يكن له دخل فى وقوع الخطر الذى حصل من أجله التأمين (نقض مدنى ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ – ملاحظة : تنص المادة ٧٥٠ من القانون المدنى الجديد على بطلان كل شرط تعسفي يرد فى وثيقة التأمين ، ويتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر فى وقوع الحادث المؤمن منه) . ولكن محكمة النقض قضت من جهة أخرى بأنه إذا أبطلت المحكمة التعاقد على التأمين تأسيساً على أن تقرير المؤمن له أن لديه دفاتر منتظمة لقيد مشترياته ومبيعاته وقائمة لجرد البضاعة يراجعها بانتظام لم يكن صحيحاً ، وأن الدفتر الذى ظهر أنه يعنيه غير باعث على الاطمئنان لعدم انتظامه ووجود شطب فيه ، وأن تقريره هذا كان فى خصوص أمر جوهرى لتعلقه بسجل هو المرجع الرئيسى لتعيين ما على شركة التأمين أن تؤدى إليه فى حالة وقوع الخطر المؤمن منه، فهذا منها قصور فى تسبيب حكمها ، إذ أن عدم انتظام القيد فى الدفاتر لا يؤدى عقلا إلى القول بكذب التقرير بوجود دفاتر ، بل كل ما يترتب عليه هو التأثير فى قوة الدفتر كأداة إثبات . وإذ أن المحكمة حين اعتبرت البيان عن السجل وقائمة الجرد جوهريا لتعلقه بإثبات الضرر الذى يلحق المؤمن له من وقوع الخطر المؤمن منه وأنه يحدد فيما بين العاقدين طريقة إثباته، لم تبن ذلك على اعتبارات من شأنها أن تبرره ، وخصوصاً أن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على المؤمن له دون الشركة المؤمنة ، مما مفاده أن تعلق ذلك البيان بالإثبات ليس من شأنه أن يفيد أنه جوهرى له (نقض مدنى فى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٦ ص ١٧٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليساً ما لم يقترن بحيلة غير مشروعة (نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن مجرد الكتمان لا يكفى اعتباره غشاً وتدليساً ما دام الأمر الذى تعمد أحد العاقدين كتمه على المتعاقد معه يمكن لهذا أن يعرفه من طريق آخر (استئناف أسيوط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ ص ٦٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر تدليساً كتمان الدائن المرتهن عن مشترى العقار المرهون أن هناك رهناً آخر على العقار لم يكشف عنه صاحب العقار المرهون (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١ : ويلاحظ أن الاتفاق الذى لا يعتبر الكتمان فيه تدليساً فى هذه القضية هو اتفاق المشترى مع الدائن المرتهن على أن يدفع له جزءاً من الثمن سداداً لحقه فى نظير موافقته على البيع ، والكتمان لا يعتبر هنا تدليساً لأن المشترى كان يستطيع من طريق الكشف عن العقار معرفة الرهن الثانى) .

ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض بأنه إذا أخفى شريك على شريكه وهو يقتسم معه أن الأطيان التى يأخذها هذا الشريك هى أطيان مرفوع بها دعوى استحقاق من جهة وقف بحيث لو علم الحقيقة وأن معظم ما اختص به بمقتضى عقد القسمة يدخل فى مستندات الوقف وأن معظم ما اختص به شريكه يخرج عنها لما رضى بالقسمة ، فإن هذا يكفي لاعتباره في حكم المادة ١٣٦ مدنى (قديم) حيلة تفسد رضاء من خدع بها (مستفاد من حكم لمحكمة النقض فى دائرتها المدنية في أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، طعن قم ٦٩ سنة ١٨ قضائية ولم ينشر بعد – هذا وفى وقائع هذه القضية أن الشريك زاد على مجرد الكتمان أنه أخبر شريكه أن ما يختص به غير مهدد بخطر الاستحقاق) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بانه إذا تبين أن المشترى كان تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بلعن الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شئ منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد، فأثر ذلك فى نفسه ودفعه إلى التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه أدخل عليه الغش والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار الفوائد =

الكتمان تدليسا فى عقود التأمين [١] .

بقى الجانب المعنوى وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع . فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس ، كالتاجر يبرز ما يعرضه فى أحسن صورة، وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس [٢] . وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع ، كما إذا استعمل المودع طرقاً احتيالية للحصول من المودع عنده، وتبين أنه شخص غير أمين ، على إقرار بالوديعة [٣] .

١٨٢ – التدليس هو الدافع الى التعاقد : ويجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد. وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك [I] ، فيقدر مبلغ أثر التدليس فى نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذى دفعه إلى التعاقد ، ويسترشد فى ذلك بما تواضع عليه الناس فى تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب [٤] .

= المستحقة على العقار قبل تحرير عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التقصير فذ دفع الفوائد فى مواعيدها ، الأمر الذى أدى إلى حلول جميع الدين وترتب عليه نزع ملكية العقار ورسا مزاده على الدائن ، فمثل هذه التصرفات هى نوع من الغش والتدليس الموجب لبطلان العقد (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٢ ص ٦٤٥ : وهنا أيضاً جاوز البائع مجرد الكتمان إلى الكذب عن طريق بيانات غير صحيحة أدلى بها للمشترى) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتمان المؤمن على حياته لمرض أصابه قبل التأمين يعد تدليساً (٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وكذلك يعد تدليسا كتمان المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعده أمام شهود بإحراق متجره ، لأن هذا الكتمان من شأنه أن يؤثر فى تقدير التبعة (استئناف مختلط فى ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ٧٩) .

(٢) على أن هذا لا يمنع من وقوع المتعاقد الآخر فى الغلط ، ويبطل العقد للغلط لا للتدليس . ويعرف القانون الإنجليزى ما يسميه بالتصوير غير الصحيح (misrepresentation) وهو قريب من حالتنا هذه، إذ يعلن أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر معلومات غير صحيحة ، ولكن عن حسن نية ، فيبطل العقد للغلط لا للتدليس .

(٣) أنظر نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٧١ ص ١٢٣ .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١ – ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ – ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ – محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٣/١٥ .

(I) من المقرر أن قاعدة «الغش يبطل التصرفات» هى قاعدة سليمة ولو لم يجريها نص خاص فى القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية فى محاربة الغش والخديعة وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى التصرفات والاجراءات عموما لصيانة مصلحة الافراد والمجتمع وكان استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به هذا الغش يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع بعيداً عن رقابة محكمة النقض .

(جلسة ١٩٧٩/٥/٢١ الطعن ١٠٧٣ لسنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٧ الطعن ٣٤٦ لسنة ٤١ ق)

(جلسة ٢٠٠١/٤/٢٨ الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٦٦ ق احوال شخصية)

ويميز الفقه عادة بين التدليس الدافع (dol principal) ، وهو التدليس بالتحديد الذى قدمناه ، والتدليس غير الدافع (dol incident) ، وهو تدليس لا يحمل على التعاقد وإنما يغرى بقبول شروط أبهظ [1] ، فلا يكون سبباً فى إبطال العقد ، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يسترد به العاقد المخدوع ما غرمه بسبب هذا التدليس وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية [2] . وهذا التمييز منتقد . ذلك أن التدليس الذى يغرى على التعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذ الشروط ، ولا يمكن فصل الإرادة فى ذاتها عن الشروط التى تحركت الإرادة في دائرتها . فالتدليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ، والعاقد المخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستبقيه مكتفياً بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التدليس . وهو إذا أختار الإبطال بقى في دائرة العقد ، وإذا اختار التعويض انتقل الى دائرة المسئولية التقصيرية. وكل تدليس له هذان الوجهان، سواء فى ذلك ما سمى بالتدليس غير الدافع وما سمى بالتدليس الدافع [3] .

(١) مثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشترى على عقود إيجار لهذا العقار، وهى عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوهمه بها أن ريع العقار مرتفع . فإذا حمله بذلك على شراء العقار بثمن عال كان للمشترى أن يطلب تعويضاً من البائع هو زيادة الثمن الذى دفعه عن الثمن الذى كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع السند بثمن مقسط إذا لم يستوف الأقساط الواجبة الدفع، وأنذر المشترى بفسخ البيع بعد أن ربح السند المبيع الجائز الكبرى، وحمل المشترى بذلك، بعد أن أوهمه أنه يستطيع فسخ البيع ، على أن يصطلح معه على شروط باهظة ما كان يقبلها لولا هذا التدليس، يكون قد ارتكب تدليساً غير دافع ، ويلتزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشترى وما كان يقبله لو كان التعامل على غير غش (٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤ – ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢) . وقد يحدث أن من يعرض شيئاً لبيعه فى المزاد يتفق مع شخص على أن يتقدم فى المزاد ، ويزاد عليه مزايدة وهمية، فإذا فعل ذلك وقدم عطاء أكبر ، فهذا العطاء الوهمى قد يكفى لإلغاء العطاء الذى سبقه ، يكون لصاحب العطاء السابق حق طلب التعويض للغش أو التمسك بصورية العطاء الأكبر . أما إذا نجحت الحيلة وتقدم شخص وزاد على العطاء الوهمي ورسا عليه المزاد ، فله أن يطعن فى العقد بالتدليس ، ويكون التدليس هنا غير دافع يستوجب التعويض لا إبطال العقد (ديموج ٢ فقرة ٦٠٨ مكررة) .

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص في هذا المعنى . فقد قضت المادة ١٧٥ من هذا المشروع بما يأتى : «التدليس الذى يجعل العقد أثقل عبأً دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد لا يعطى للمدلس عليه إلا الحق في مطالبة المدلس بالتعويض» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية بصدد هذه المادة ما يأتى : «إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما اقتصر أمره على استدراجه إلى قبول شروط أشد وقراً مما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع ، فلا يعتبر عيباً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيراً أو خطأ من جانب المدلس تترتب عليه مسئوليته ، ويعطى الحق فى طلبه التعويض، سواء أوقع التدليس من أحد المتعاقدين أم من أجنبى عن العقد» . وقد حذف هذا النص فى المشروع النهائى لأنه يقرر حكماً يكفى فيه تقرير قواعد المسئولية (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٥ فى الهامش) .

(٣) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه طبعة سنة ١٩٤٩ فقرة ٢٢٨ . ومع ذلك انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٤ . ويلاحظ أن هناك وجهاً للتوفيق بين من يقول بهذا التمييز ومن لا يقول به . ففى التدليس غير الدافع إذا اختار العاقد المخدوع إبطال العقد وفقاً لرأى القائلين بعدم التمييز ، جاز للعاقد الآخر أن يعوضه عن الضرر الذى أصابه بسبب التدليس فيمنعه بذلك من إبطال العقد. ونحن نقيس فى ذلك التدليس على الغلط فى أن كلا منهما لا يجوز التمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية. ومتى استقام هذا الحل اقتصر العاقد المخدوع على التعويض وفقاً لكل الرأيين (قارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٠) .

١٨٣ – التدليس صادر من المتعاقد الآخر أو من الغير – القانون المدنى القديم : كانت المادتان ١٩٦/١٣٦ من القانون المدنى القديم ، فى نصهما العربى، تقضيان كما رأينا بأن «التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى» . وكان هذا النص العربى يتفق مع القانون المدنى الفرنسى الذى ينص صراحة على أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر (م ١١١٦) . لذلك كان الفقه والقضاء فى مصر يذهبان إلى أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر ، تمشياً مع النص العربى المشار إليه ومع نص القانون الفرنسى [1] . وكان الفقه يعلل هذا الحكم الشاذ بأن التدليس إذا صدر من الغير فلا يجوز أن يكون سبباً فى إبطال العقد ، إذ ليس من العدل أن يجزى المتعاقد الآخر بالإبطال عن ذنب اقترفه الغير، وللعاقد المخدوع أن يرجع على الغير الذى صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر . وليست هذه الحجة بمقنعة . فإن التدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دمنا نأخذ بالمعيار الذاتى وننظر لا إلى التدليس فى ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر فى نفس المتعاقد ، فإن الواجب عدم التفريق بين تدليس صدر من المتعاقد الآخر وتدليس صدر من الغير ، لأن العاقد المخدوع مضلل فى الحالتين ، وقد صدرت إرادته على غير هدى ، فلا يجوز أن يلتزم بمثل هذه الإرادة . والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية ، وهو يرجع فى الأصل لأسباب خاصة بالقانون الرومانى [2] . وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسى القديم القاعدة ميراثاً من التقاليد ، وانتقلت منه إلى

(١) والتون ١ ص ٢٥٢ – ص ٢٥٤ – الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات فقرة ٢٨٥ ص ٢٤٢ – الدكتور محمد وهيبة ص ١٩٥ – دى هلتس ١ لفظ (convention) فقرة ٦٤ – هالتون ١ ص ٣٢٠ – ص ٣٢١ – فتحى زغلول ص ١٣٣ – محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٤١ – وفى ٢٩ مايو سنة ١٩١٣م ٢٥ ص ٤١٧ – محكمة المنيا الجزئية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٣٠ ص ١٨٢ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٩ ص ٨٤٩.

وقد قضت محكمة النقض بأن التدليس الحاصل من أجنبى بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالتدليس الحاصل من المتعاقد نفسه (نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١٤) . فلم تعتد محكمة النقض بالتدليس الصادر من أجنبى إلا لأنه متواطئ مع أحد المتعاقدين .

وقد خالف هذا الرأى فى ظل القانون القديم فقهاء قالوا بعدم التمييز ما بين تدليس صادر من أحد المتعاقدين وتدليس صادر من الغير : أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦ – فقرة ٣٩٢ – الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٨ – الدكتور عبدالسلام ذهنى ص ١٢٨ – ص ١٣٠ .

(٢) فقد كان «البريطور» فى القانون الرومانى يعطى الدعوى والدفع فيما يختص بالتدليس ضد الشخص الذى صدر منه التدليس . فإذا ما داخل العقد تدليس صادر من الغير لم يكن للمتعاقد الذى وقع فى التدليس إلا الرجوع على هذا الغير ، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر ، فيبقى العقد صحيحاً لا سبيل إلى إبطاله ، وهذا بخلاف الإكراه فإنه حتى إذا وقع من الغير يمكن الاحتجاج به ضد المتعاقد الآخر (جيرار طبعة سادسة ص ٤٧١) .

القانون الفرنسي الحديث . وإلا فما الفرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية ، والمقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير ، لأنه يعيب الإرادة في الحالتين (١) .

ولعل ضعف الحجة في وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذي حمل القضاء والفقه في فرنسا وفي مصر على الانتقاص من هذا التمييز والعمل على هدمه بالإكثار من الاستثناء فيه . فاستقر الرأي على ألا تمييز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر ، وأن كليهما يعيب الإرادة ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان التصرف القانوني الذي داخله التدليس تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) في الهبات لأن الهبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خالصة ، فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلا لها (٣) في المعاوضات إذا صدر التدليس من نائب المتعاقد الآخر أو من الغير إذا كان متواطئاً مع المتعاقد الآخر ، أو إذا صدر التدليس من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس أو كان في استطاعته أن يعلم به .

وكان الفقه المصري يستطيع أن يجد في القانون المدني القديم سنداً على أن التدليس يعيب الإرادة حتى لو صدر من الغير ، إذا هو رجع إلى النص هي ما يأتي : «التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لولاها لما رضي» . فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة في الحالتين (٢) . ولو أخذ الفقه والقضاء في مصر بهذا التفسير الوجيه لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل الملتوي الذي سلكه الفقه والقضاء في فرنسا ، ولذهبا مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

---

(١) أنظر محاولة للدفاع عن هذا التمييز ما بين التدليس والإكراه ونقد هذه المحاولة في نظرية العقد للمؤلف ص ٤٠٩ حاشية رقم ٥ .

(٢) وكنا نأخذ بهذا الرأي في ظل القانون القديم وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وفي رأينا أن المشرع المصري في القانون القديم أراد العدول عن القاعدة الفرنسية التي تقضي بأن التدليس يجب أن يكون صادراً من الغير ، لأنها قاعدة منتقدة كما رأينا ، فأورد النص الفرنسي للمادتين ١٣٦/١٩٦ ، وهو النص الأصلي وإن لم يكن النص الرسمي ، قاطعاً في أنه لا يشترط أن يكون التدليس صادراً من الغير . ثم ترجم هذا النص إلى العربية ، ولكن المترجم تصرف فيه ، فبدلا من أن يتقيد بالأصل فيذكر أن «التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة ...» ، ذكر أن «التدليس يعيب الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة له من المتعاقد مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ...» . فهو لما أورد لفظ «رضاء» وأسندها إلى «أحد المتعاقدين» انساق إلى ذكر «المتعاقد الآخر» بشيء من المقابلة الطبيعية . ولعله يكون قد فهم خطأ من النص الفرنسي الذي ترجمه أن الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين هي حيل صادرة من المتعاقد الآخر ، وأن هذا يفهم من مدلول النص . فجاءت الترجمة مخالفة للأصل . والواجب في هذه الحالة الأخذ بالنص الفرنسي دون النص العربي ، لأن النص الأول هو الذي يعبر بأمانة عن قصد المشرع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦) .

١٨٤ – القانون المدني الجديد في التدليس الصادر من الغير : هذا ما فعله القانون الجديد . فقد تجنب التناقض الذي وقع فيه القانون القديم ، ونص صراحة في المادة ١٢٦ ، كما سبق القول ، على أنه «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم ، بهذا التدليس» (١) . وقد نص القانون الجديد على مثل هذا في الإكراه (انظر المادة ١٢٨) ، فسوى بحق ما بين الإكراه والتدليس في ذلك (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٧٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «١ – التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يعطي حقاً للمدلس عليه في طلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو كان في استطاعته أن يعلم ، بهذا التدليس وقت إبرام العقد . ٢ – فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم ، أو ليس في استطاعته أن يعلم ، بصدور تدليس من الغير ، فلا يترتب على التدليس إلا تخويل المدلس عليه حق مطالبة المدلس بالتعويض . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه المادة ما يأتي : «اختلفت المذاهب في شأن التدليس الصادر من الغير ، ففريق لا يرتب عليه بطلان العقد .... وفريق يجعل له حكم التدليس الصادر من المتعاقدين من حيث ترتيب البطلان... ، وفريق يتوسط بين هذين المذهبين .... فيشترط لاعتبار التدليس الصادر من الغير عيباً من عيوب الرضاء ، أن يثبت من ضلل به أن الطرف الآخر كان يعلم به ، أو كان في استطاعته أن يعلم به ، وقت إبرام العقد . وفي هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ في تكوين العقد التي سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط . وقد اختار المشروع ما اتبعه الفريق الثالث . ويراعى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد (كالمستفيد في اشتراط لمصلحة الغير) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان في إمكانه أن يعلم ، بالتدليس .... ويختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهي تعتبر قابلة للبطلان ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير ولم يكن يستطيع أن يعلم به ، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب . وغني عن البيان أنه لا يكون لدى العاقد سبيل للانتصاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم العاقد الآخر بالتدليس أو لم يكن في مقدوره أن يعلم به» . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية من المادة لأنها تقرر حكماً يكفي فيه تقرير قواعد المسئولية ، وأعيدت صياغة المادة على الوجه الآتي : «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم بهذا التدليس» . وأصبح رقم المادة ١٣٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون لمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «أو كان من المفروض حتما أن يعلم» بعبارة «أو كان في استطاعته أن يعلم» ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٤ – ص ١٧٨) .

(٢) ويلاحظ أن القانون الجديد اشترط في التدليس والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبت المتعاقد المدلس عليه أو المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر ، إذا لم يكن يعلم علما يقينياً بالتدليس أو بالإكراه ، فهو على الأقل مفروض فيه حتما أ يعلم بذلك . وهذا بخلاف الغلط ، فقد اكتفى القانون الجديد فيه بإثبات أن المتعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يتبينه . ولا يوجد سبب ظاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى ، حتى يتحمل المتعاقد في الحالة الثانية عبئاً في الإثبات أثقل من العبء الذي يتحمله في الحالة الأولى . ولعله يكون في الحالة الأولى أولى بالرعاية : فمن جهته هو ليس للغلط عادة مظاهر مادية تبرر التشدد معه في الإثبات بينما أن للتدليس وللإكراه هذه المظاهر ، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع في غلط يكون أقل عذراً مما لو كان ضحية تدليس أو إكراه . ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تفسر إلا بأن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس وبالإكراه سهى عليها أن تجرى تعديلا مماثلا في النصوص الخاصة بالغلط . ومن ثم يحسن عدم التشدد في إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملي .

وإذا كان التدليس الصادر من الغير يعيب الأرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بالتدليس (1) ، بقى الفرض الذى يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وغير مستطيع أن يعلم به . وحتى هنا يجوز إبطال العقد للغلط إذا أثبت العاقد المخدوع أن العاقد الآخر كان مشتركاً معه فى الغلط الذى وقع فيه من جراء هذا التدليس ، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك ، فإن العقد لا يكون باطلا لا للتدليس ولا للغلط . وهذا عدل ، لأننا إذا أبطلنا العقد فى هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض ، لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد [1] ، وقد سبقت الإشارة إلى تطبيقات من هذا القبيل .

ب – نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس

١٨٥ – الغلط يغنى عن التدليس فى النظرية الحديثة : قدمنا أن التدليس من شأنه أن يوقع المتعاقد فى غلط ، فإذا كان رضاؤه معيباً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذى أوقع فيه التدليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط . فهناك أحوال لا يكفى فيها الغلط لإبطال العقد، كالغلط فى الباعث والغلط فى القيمة ، فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع ، كان التدليس لا الغلط هو السبب فى إبطال العقد [2] . ومن ذلك نرى أنه طبقاً للنظرية التقليدية لا يغنى الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث فى النفس غلطاً ، فإن الاقتصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفى لإبطال العقد فى كل الأحوال .

أما فى النظرية الحديثة ، فالغلط يغنى عن التدليس . ولا يمكن فى هذه النظرية أن

---

(١) ويصح القول هنا بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة، وعندئذ يقوم العقد على توافق الأرادتين .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ .

(1) أ – الغش الحاصل من أجنبى بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء ، كالغش الحاصل من المتعاقد نفسه .

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن رقم ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق س ٤٥ ص ٣٨٢)

(جلسة ١٩٣٣/٥/١٨ الطعن ٨٧ لسنة ٢ ق)

ب – الغش المفسد للرضا شرطه أن يكون وليد اجراءات احتيالية أو وسائل من شأنها التأثير على إرادة المتعاقد وتجعله غير قادر على الحكم على الأمور حكما سليما، مجرد الكذب لا يكفى للتدليس ما لم يثبت أن المدلس عليه لم يكن فى استطاعته استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب . استطاعته ذلك. أثره . انتفاء التدليس .

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق س ٤٥ ص ٣٨٢) .

يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلا لأن يبطل للغلط فى الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً ، وهو إنما يبطل العقد لما يوقع فى نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لابد أ يكون غلطاً دافعاً ، والغلط الدافع يبطل العقد دائما حتى لو وقع فى الباعث أو فى القيمة . فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن فى الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تغنى إذن عن نظرية التدليس [1] .

١٨٦ – ولكن التدليس لا يغنى عن الغلط : ذلك أن التدليس إذا لم يوقع فى نفس المتعاقد غلطاً فلا أثر له فى صحة العقد ، ولا تترتب عليه إلا مسئولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيرى وأحدث ضرراً . ولا يمكن أن نتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتدليس . فالعبرة إذا بالغلط لا بالتدليس. وإذا كان الغلط يغنى عن التدليس ، فإن التدليس لا يغنى عن الغلط .

على أنه إذا وقع المتعاقد فى غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً فى هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق فى أمرين : (أولا) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس، فإن الطرق الاحتيالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط تدليس ، فإنه يصبح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته . (ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس ، فإن التدليس يكون سبباً فى إلزام المدلس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد ، إذا نجم عن التدليس ضرر [2] . أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه إبطال العقد، ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ فى جانب المتعاقد الذى علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

وظاهر أن كلا من هذين الأمرين عملى محض ، ولا صلة له بأثر الغلط فى صحة العقد [3] . وقد آثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقى التدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد ، لا سيما إذا اقترنت بهذه الفروق العملية .

---

(١) أغفل القانون البرتغالى التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء (أنظر م ٦٥٧ و ٦٦٣ من هذا القانون) . وكذلك فعل القانون النمساوى (م ٨٧٠ من القانون النمساوى القديم وم ٥٥ من القانون النمساوى المعدل) – أنظر أيضاً بلانيول ٢ فقرة ١٠٦٦ – ديموج ١ فقرة ٣٦٤ – مذكرات الأستاذ ليفى إيلمان فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٩٤ .

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٥١ .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس ما دام أن أثره فى الإرادة يرد إلى ما يولد فى ذهن العاقد من غلط يدفع به إلى التعاقد ، بمعنى أن ما يشوب الرضاء من عيب بسببه يرجع إلى الغلط لا إلى الحيلة . إلا أن لوجود التدليس مزيتين عمليتين : فإثباته أيسر من إثبات الغلط من ناحية ، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض فضلا عن حق التمسك بالبطلان من ناحية أخرى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٢ – ١٧٣) .

٣ – الإكـراه (*)
(La violence)

١٨٧ – الرهبة هي التي تفسد الرضاء : الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد. والذى يفسد الرضاء ليست هى الوسائل المادية التى تستعمل فى الإكراه، بل هى الرهبة التى تقع فى نفس المتعاقد . كما أن الذى يفسد الرضاء فى التدليس ليست هى الطرق الاحتيالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق فى نفس المتعاقد من التضليل والوهم.

١٨٨ – الاكراه الذى يفسد الرضاء والاكراه الذى يعدمه : والإكراه وإن كان يفسد الرضاء على االنحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدمه . فالمكره إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذى هدد به ، فاختار أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التى صـدرت منه هى إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة.

وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكره بيد المكرَه وأجرى القلم فى يده بالتوقيع على التزام . ففى هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء.

١٨٩ – الاكراه هو أيضا عمل غير مشروع : وينبغى أن ننظر إلى الإكراه – كما نظرنا إلى التدليس – من ناحيتين : الناحية التى يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد، والناحية التى يكون الإكراه فيها عملا غيرمشروع فتترتب عليه المسئولية عن التعويض . وسنرى فيما يلى هاتين الناحيتين فى الإكراه .

١٩٠ – النصوص القانونية : وكان القانون القديم يشتمل على نص واحد فى الإكراه هو نص المادتين ١٩٥/١٣٥ ، وهو يقضى بأنه «لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المشارطة إلا إذا كان شديداً ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة» . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسى التى نقل عنها ، إذ تجنب الخوض فى كثير من التفصيلات التى عرضت لها هذه النصوص (١) ، واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعى هو معيار ذى التمييز (personne raisonnable) ومعيار ذاتى هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسى (٢) .

(*) **بعض المراجع** : ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ٤٥ وما بعدها – مقال ديموج فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩١٤ ص ٤٣٥ – ص ٤٨٠ – لالمان (Lallement) رسالة فى حالة الضرورة فى المسائل المدنية باريس سنة ١٩٢٢ ، بريتون (Breton) رسالة في الإكراه كعيب في الرضاء كان سنة ١٩٢٥ – جوسران في الباعث فى العمل القانوني الخاص فقرة ٧١ – والتون ١ ص ٢٨٨ – ص ٣٠٦ – نظرية العقد للمؤلف ص ٤١٨ – ص ٤٤٤ – الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٣٣ – ص ١٤٤ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٣٠ – ص ١٤٠.

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٧ – ص ٤٤٤ .

(٢) خلط القانون المدنى الفرنسي في المادة ١١١٢ بين المعيار الموضوعي والمعيار الذاتى . وسبب ذلك أن بوتييه عند بحثه في الإكراه ذكر أن القانون الروماني كان يتخذ لجسامة الإكراه معيار «الرجل الشجاع» وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه فى القانون الرومانى عادلة وهى تتفق مع القانون الطبيعى إلا هذا المعيار الشديد ، فإنه معيار جامد قاس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر فى هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو القانون المدنى الفرنسى معيار القانون الرومانى الموضوعى بعد أن عدلوه ، فذكروا «الرجل المعتاد» بدلا من «الرجل الشجاع» ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعى =

أما القانون الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط ، فاقتصرت على المعيار الذاتى وهو المعيار الصحيح ، وعرضت لعناصر الإكراه فى نصين ، هما المادتان ١٢٧ و ١٢٨ .

وتنص المادة ١٢٧ على ما يأتى :

«١ – يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس» .

«٢ – وتكـون الرهبة قائمـة علـى أسـاس إذا كانـت ظـروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطـراً جسيمـا محدقـاً يهـدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال» .

«٣– ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه» (١) .

وتنص المادة ١٢٨ على ما يأتى :

«إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما

= معيار بوتييه الذاتي ، وفاتهم أن المعيارين متعارضان ، وأن بوتييه إنما أراد إبدال معيار القانون الروماني الموضوعي بمعيار الذاتى ، أو هم توهموا أن نقد بوتييه لمعيار «الرجل الشجاع» من شأنه أن ينزل المعيار إلى «الرجل المعتاد» ، ولم يتنبهوا إلى أن بوتييه لم يرد إبدال معيار موضوعي بمعيار موضوعى آخر، بل قصد وضع معيار ذاتى محض (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٤ حاشية رقم ٣) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١– يكون العقد قابلا للبطلان إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، على أن تكون الرهبة قائمة على أساس . ٢ – وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان للطرف الذى يدعيها أن يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالا يهدده هو أو أحد أقاربه فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ٣ – وينظر في تقدير الإكراه إلى جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة «أحد أقاربه» بكلمة «أو غيره» ، ولوحظ فى ذلك: أن عبارة «أحد أقاربه» أوسع مما ينبغى فى بعض الأحوال وأضيق مما ينبغى فى الحالات الأخرى . وقد يكون للشخص صديق أعز عليه من أقاربه، وروعى أن الخطر الجسيم الذى يحدق بالغير فيبعث الرهبة فى النفس إلى حد التعاقد فيه تهديد كاف للغير الذى يعتبر الخطر المحدق به إكراها . وأبدلت كلمة «حالا» التى تصف الخطر الجسيم فى الفقرة الثانية بكلمة «محدقا» . وأعيدت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استبقاء كلمة «ومزاجه» فيما يراعى فى تقدير الإكراه . وأصبح رقم المادة ١٣١ في المشروع النهائى . وفى مجلس النواب حذفت كلمة «النفس» اكتفاء بكلمة «الجسم» لأن الخطر الذى يهدد النفس يعتبر أنه يهدد الجسم أيضاً . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت كلمة «ومزاجه» الواردة فى الفقرة الثالثة لأن إيراد هذه الكلمة يفتح الباب لإشكالات كثيرة بسبب كثرة اختلاف الأمزجة ، وأعيدت كلمة «النفس» التى كان مجلس النواب قد حذفها لأن الآلام النفسية قد يصل تأثيرها على الشخص مبلغ الآلام الجسمانية كمن يخطف عزيز لديه فيقع تحت تأثير هذا الخطف . وأصبح رقم المادة ١٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٨ – ص ١٨٤).
أنظر المادتين ٢٩ و ٣٠ من قانون الالتزامات السويسرى .

لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم ، بهذا الإكراه»[1] .

١٩١ – عنصران للاكراه : ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر الإكراه، كعناصر التدليس ، اثنان : ١ – استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق ، وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢ – رهبة فى النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي[1] .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التى صدر منها الإكراه هل هى أحد المتعاقدين أو الغير أو مجرد المصادفة[2] .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : «١ – إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمكره أنى طلب إبطال العقد إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بوقوع الإكراه ، أو كان فى استطاعته أن يعلم ذلك . ٢ – فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكره إلا أن يطالب المكره بالتعويض. وفى لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية لأنها تقرر حكماً تكفى فيه قواعد المسئولية ، وأدخلت تعديلات لفظية على الصياغة بما جعل المادة تطابق تقريبا نص القانون الجديد، وأصبح رقمها ١٣٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ تقرر بعد مناقشة طويلة استبقاء المادة كما هى – لأن الإكراه الصادر من الغير كالتدليس الصادر من الغير يجب أن يتصل به المتعاقد الآخر ويجب التسوية بين الإكراه والتدليس فى هذه المسألة – مع استبدال عبارة «أو كان من المفروض حتما أن يعلم» بعبارة «أو كان فى استطاعته أن يعلم» . وأصبح رقم المادة ١٢٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ – ص ١٨٨) . أنظر المادة ٢٩ من قانون الالتزامات السويسرى .

(1) الاكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بما له أو إستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً .

(جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٤ ص ١٣٥٨)

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٦ الطعن ٦٥٥ لسنة ٢٤ ق س ٢٧ ص ٣٠١)

(٢) والذى يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للاكراه هو الذى يحمل عبء إثبات هذا الإكراه بعنصريه (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧ – وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢). ويثبت ذلك بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية.

ووقوع الإكراه مسألة واقعية لقاضى الموضوع فيها الرأى النهائى . ولكن الوصف القانونى لوقائع الإكراه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض، كالبت فيما إذا كان يكفى أن يصدر الإكراه من الغير، وفيما إذا كان مجرد استعمال النفوذ الأدبى يعد إكراها ، وفيما إذا كانت الوسائل المشروعة تعد إكراها فى بعض الظروف (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٠ حاشية رقم ٢) . وانظر محكمة النقض (الدائرة المدنية) فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ ومجموعة عمر ١ رقم ٥٥ =

أ – استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محدق

١٩٢ – تحليل هذا العنصر : لابد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس ،. فتهدد المتعاقد المكره ، أو شخصاً عزيزاً عنده ، بخطر جسيم محدق بالنفس أو بالمال . ووسائل الإكراه تكون فى العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع. وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه: من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بحقه لابتزاز فائدة غير مشروعة من المدين، ومن ذلك أيضاً أن يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبى شوكته ونفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع.

فنتكلم إذن فيما يأتي : (١) الإكراه الحسى والإكراه النفسى (٢) الخطر الجسيم المحدق بالنفس أو بالمال إذا هدد المتعاقد نفسه (٣) هذا الخطر إذا هدد غير المتعاقد (٤) المطالبة بحق كوسيلة للإكراه (٥) الشوكة والنفوذ الأدبى .

١٩٣ – الاكراه الحسي والاكراه النفسي : وسائل الإكراه إما أن تقع على الجسم، كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسى (violence phsique) لأنه يقع على الحس ، وهو نادر لا سيما فى الأوساط المتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً بإلحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لألم نفسي، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسى (violence morale) لأنه يوقع فى النفس رهبة أو ألما، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً فى الحياة العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسى والإكراه النفسى، فكل وسيلة من وسائل الأكراه ، سواء وقعت على الجسم أو على النفس، تفسد الرضاء وتجعل العقد قابلا للإبطال .

١٩٤ – خطر جسيم محدق بالنفس أو بالمال يهدد المتعاقد نفسه : ولكن لما كان الإكراه النفسى هو الأكثر وقوعاً كما قدمنا ، فإن كلامنا ينصرف فى الغالب إليه . وهو الذى يوقع فى نفس المتعاقد المكره أن خطراً جسيما يحدق بنفسه أو بماله ، فتكون الرهبة التى تعاقد تحت سلطانها قائمة على أساس . وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ إذ تنص على ما يأتي : «وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيما محدقاً يهدده هو أو غيره فى

= ص ١٢٠ ، وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتي : «وبما أن تقدير درجة الإكراه وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر على الشخص الواقع عليه متروك لقاضى الموضوع بلا سلطان عليه من محكمة النقض، أما كون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت فى الحكم فمما يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانونى لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ فى تطبيق القانون». وانظر أيضا محكمة النقض (الدائرة المدنية) فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣.

النفس أو الجسم أو الشرف أو المال»[1] (1) .

فالخطر يجب أن يكون جسيما ، والعبرة في جسامة الخطر بحالة المكره النفسية. فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جدية ، ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في نفس المكره وصورت له أن خطراً جسيماً يهدده، فإن هذا يكفي لإفساد الرضاء . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق السحر «والتعزيم» ، أو هدده بأن له قدرة على «الربط والحل» ، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً في الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محدقاً (imminent) أى وشيك الوقوع . فلو كان التهديد بخطر يتراخى وقوعه إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيطة لنفسه ، فإن هذا التهديد ليس من شأنه عادة أن يوقع في النفس الرهبة التي تفسد الرضاء . على أن الأمر منوط بحالة المتعاقد النفسية ، فقد تنبعث في نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل، فيكفي هذا لإفساد الرضاء . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالا في نفس المتعاقد ، لا بأن الخطر حال أو محدق[2] .

---

(١) وكان هذا هو القانون القديم : استئناف مختلط في ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٧ .

(٢) وكانت النظرية التقليدية للإكراه تشترط أن يكون الخطر حالا ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي ، فهي تذكر «الخوف من تعريض النفس أو المال لخطر جسيم حال (présent)» . وقد جاء في بوتييه : «يجب أن أن يكون هذا الخطر حالا ، أى أن يكون الشخص مهدداً بالوقوع فيه في الحال إذا لم يفعل ما طلب منه» (التزامات فقرة ٢٥) . على أن النظرية التقليدية قد عدلت من موقفها في هذا الشأن وتحور النص ، فأصبح الحال ليس هو الخطر ذاته ، بل الخوف من الخطر (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٠) .

وقد كان المشروع التمهيدي للقانون الجديد يشترط هو أيضا أن يكون الخطر حالا، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من هذا المشروع تنص ، كما رأينا ، على ما يأتي : «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان الطرف الذي يدعيها يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيما حالا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال» . ولكن جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ما يأتي : «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا اعتقد من وقع تحت سلطانها أن خطراً جسيماً أصبح وشيك الحلول» وقد عدل في المشروع النهائي عن شرط حلول الخطر ، ، واستبدل به شرط أن يكون الخطر محدقاً، وهذا أصح وأكثر تمشياً مع المذكرة الإيضاحية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٩ – ص ١٨٢) .

وهذا وقد تجنبت القوانين الحديثة أن تصف الخطر بكونه «حالا» . فلا نجد هذا الوصف في القانون الألماني ولا في القانون السويسري ولا في القانون البولوني .

(1) الأكراه المبطل للرضا . تحققه بتهديد المتعاقد بخطر محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة يحشها المكره في نفس المكره بغير حق تحمله على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً .

(جلسة ١٩٩٥/١/٢٢ الطعن رقم ١٢٤٩ لسنة ٦٤ ق س ٤٦ ص ٢٢٤) .

(جلسة ١٩٩٤/١١/١٠ الطعن ٥٢٠١ لسنة ٦٣ س ٤٥ ص ١٣٦٨)

والخطر إما أن يصيب المتعاقد في جسمه أو نفسه ، كخطر يقع على حياته أو على سلامة أعضائه أو ألم نفسي ينزل به . وإما أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس أو على الثقة فيه لا سيما إذا كانت مهنته تقتضي التوفر على هذه الثقة كما في التجارة . وإما أن يقع على ماله ، كما اذا هدد في مزروعاته بالإتلاف أو في داره بالحريق . فالخطر الذى يقع على أى شئ يحرص المتعاقد على سلامته يكفي لتحقق الإكراه .

١٩٥ – الخطر يهدد الغير : وليس من الضرورى أن يهدد الخطر المتعاقد المكره نفسه، فقد يهدد شخصاً غيره عزيزاً عليه فيعتبر الإكراه متحققاً بذلك . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ التي تقدم ذكرها ، فهي تجيز أن يهدد الخطر الجسيم المحدق المتعاقد المكره نفسه «أو غيره» . وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب المتعاقد[1] ، ولكن رؤى بحق في المشروع النهائي العدول عن هذا الشرط. فليس صحيحاً أن الأقارب هم كل الناس الذين ينزلهم الشخص منزلة نفسه، فهناك الزوج والزوجة ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء ، قد يكون فيهم من يعزهم الشخص اعزازاً يجعله يتأثر مما يتعرضون له من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير الخوف الذى يقع في نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحاً كذلك أن كل الأقارب ينزلهم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذى يهددهم تأثراً يفسد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك للظروف، فلا يذكر فريق معين من الناس على زعم أنهم هم الأعزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة ، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر ، هل هي علاقة وصلت إلى الحد الذى يجعل المتعاقد يتأثر من هذا الخطر بحيث تفسد إرادته ،

---

(١) أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى ، وقد أوردناها في الحاشية السابقة. ويعتبر المشروع التمهيدى على ما فيه من عيب في تحديد طائفة الأقارب ، أكثر مرونة من القانون المدني الفرنسي ، فإن هذا القانون في المادة ١١١٣ حدد فريقاً معينا من الأقارب هم الأصول والفروع وأضاف الزوج والزوجة. وقد انقسمت الفقهاء تفسير المادة ١١١٣ إلى فريقين : فريق يرى أن الأشخاص المذكورين في النص وردوا على سبيل الحصر، فإذا هدد الخطر واحداً منهم كانت هناك قرينة قانونية على أن الخطر قد أثر في نفس المتعاقد ، وإذا هدد أحدا غيرهم لم تقم هذه القرينة القانونية ولكن للمتعاقد أن يثبت أن الخطر الذى هدد هذا الغير قد أثر في نفسه إلى حد الإكراه . وينكر الفريق الآخر أن الخطر الذى يهدد أحدا من غير المذكورين في المادة ١١١٣ من شأنه أن يؤثر في نفس المتعاقد إلى حد إفساد رضائه (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣١ – ص ٤٣٢) .

أما ما ورد في المشروع التمهيدى فهو لا يحدد صنفاً معيناً من الأقارب كما قدمنا ، بل ينتظمهم جميعاً . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : «ولا يشترط أن يتهدد الخطر المتعاقد ذاته ، بل يجوز أن يتهدد أحد أقاربه . وقد ترك للقاضي أمر تقدير درجات القرابة أو الصلة في كل حالة بخصوصها ، لأن بيان هذه الدرجات في النصوص على سبيل الحصر على نحو ما هو متبع في التقنين الفرنسي (م ١١١٣) وسائر التقنينات الاتينية (أنظر كذلك المادة ١٩ من المشروع الفرنسي الإيطالى) قد يكون أحياناً ضيق الحدود لا يتسع لصور جديرة بالرعاية، وقد يكون أحياناً من السعة بحيث يجاوز الغرض المقصود» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٠).

أما القانون الجديد فقد جاء أكثر إطلاقاً من المشروع التمهيدى ولم يقيد الغير حتى بأن يكون قريباً.

فيبطل العقد ، لا فرق في ذلك بين قريب وزوجة وخطيب وصديق [1] .

١٩٦ - المطالبة بحق كوسيلة للإكراه : والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع [1] . فتهديد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يمض التزاماً ، أو بقتل ولد له اختطفه المكره إذا لم يمض تعهداً بدفع الفدية ، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال، كل هذه وسائل غير مشروعة للوصول إل يغرض غير مشروع.

أما إذا كانت الوسائل مشروعة في ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع، بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر من طريق المطالبة بحق له عليه ، ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه ، فلا يبطل العقد للإكراه ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ما له إذا لم يعطه تأميناً على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهناً ، فلا يبطل عقد الرهن في هذه الحالة، لأن الوسائل التي استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروعة ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع . كذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغاً إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من مال، فهذا الاقرار الصادر منه لا يبطل للإكراه ، لأن الوسائل التي استعملت مشروعة ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع هو إثبات حق موجود . وكذلك إذا هددت الزوجة زوجها بأن تحبسه في نفقتها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه ، فلا يبطل عقد القرض للإكراه . هذا ونص القانون الجديد صريح في أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الرهبة قد بعثت «دون حق» في نفس المتعاقد المكره [2] .

---

(١) وقد هجرت القوانين الحديثة هذا المذهب العتيق في تعداد طائفة معينة من الأشخاص، فلم يذكر القانون الألماني شيئاً من ذلك ، وذكر قانون الالتزامات السويسري «الخطر الجسيم الداهم الذي يهدد الشخص نفسه أو أحداً من ذويه» (م ٣٠) .

هذا ويقع على المتعاقد العبء في إثبات أن الخطر الذي تهدد الغير قد أثر في نفسه إلى حد إفساد رضائه . وقد يكون الغير الذي وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذي صدر منه الإكراه، كأن يهدد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يمض هذا الأخير عقداً ، ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٦ حاشية رقم ٥) .

(1) تقدير كون الأعمال التي وقع بها الاكراه مشروعة أو غير مشروعة هو ما يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت هذه الأعمال مبينة في الحكم ، لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانوني لواقعة معينة يترتب على ما قد يقع من الخطأ فيه . الخطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٤/١/٢٢ الطعن رقم ٣٦٥ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ٢٠٨)

(جلسة ١٩٧٦/٣/٣١ الطعن ١٧٢ لسنة ٤١ ق س ٢٧ ص ٨١٥)

(جلسة ١٩٩٣/١١/١٠ الطعن ٥٢٠١ لسنة ٦٣ ق س ٤٥ ص ١٣٦٨).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اضطر الأب إلى ضمان دين على ابنه خوفاً من المقاضاة فلا يبطل هذا الضمان للاكراه (٣ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١). وقضت كذلك بأن إجبار الدائنين لشركة على أن تعطيهم ضماناً لديونهم في نظير أن يؤجلوا هذه الديون لا يكون إكراهاً ما دام الدائنون لم يسيئوا استعمال حقهم (٢٤ يونية سنة ٩١٤ م ٢٦ ص ٤٧٩). وقضت أيضاً بأن =

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، واستغل الدائن قيام حقه في المطالبة فضغط على إرادة مدينه ، لا للوصول إلى حقه فحسب، بل ليبتز

= التهديد بالالتجاء إلى طرق مشروعة كمباشرة الإجراءات الجنائية لا يعد إكراهاً ما دام هذا التهديد لم يتحول إلى استغلال غير مشروع (٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٢٣ ص ٨٨) ، وبأن تهديد الوارث بالطعن في وصية حتى يحصل بذلك على التنازل له عن جزء من الميراث لا يكون إكراهاً ما دام الوارث ليس بسيئ النية (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٦٤ ص ٦٠) ، وبأن تهديد الدائن بأن يعلن إفلاس مدينه إذا لم يقر المدين بما عليه من الدين لا يكون إكراها(١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨) ، وبأن تهديد شخص لآخر رسا عليه المزاد بأن يزيد عليه العشر حتى يجبره بذلك على أن يبيع له شيئاً معيناً مما رسا فيه المزاد لا يعد أكراهاً لا سيما إذا كان الثمن الذي دفع في هذا الشيء أكبر من الثمن الذي رسا به المزاد (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) ، وبأن المجني عليه في جريمة تبديد إذا استعمل حقه ضد المبدد للحصول على ماله دون زيادة لا يعتبر هذا منه إكراها (٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٤) — وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية : وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن المادة ١٣٥ مدني (قديم وتقابل م ١٢٧ جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذي يقع به الإكراه المبطل للمشارطات إلا أن ذلك مفهوم بداهة ، إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها . وكون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون . فإذا صدر حكم على مستأجر بإخلاء العين المستأجرة، وترتب على الشروع في تنفيذ هذا الحكم أن استأجر المستأجر تلك العين ، فلا يصح القول بأن عقد الإجارة قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له بل يكون هذا العقد صحيحاً منتجاً لكل آثاره (٢ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

هذا وقد يبقى الغرض مشروعا ولكن تستعمل للوصول إليه وسائل إكراه غير مشروعة، كما إذا هددت امرأة عاشرت رجلا مدة من الزمن بالتشهير به عند خطيبة له إذا لم يمض التزاما يعوضها ما يصيبها من الضرر بسبب تركه إياها . في مثل هذا الفرض يمكن القول بأنه رغما من عدم مشروعية الوسائل التي التجأت إليها المرأة، إلا أن الغرض الذي أرادت الوصول إليه هو غرض مشروع، فالعقد لا يبطل في هذه الحالة للإكراه . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق لتأدية واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة (١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ١٢١) . كذلك يجوز أن يحصل شخص بطريق التهديد على سند لحق له أو على ضمان لهذا الحق أو على الإقرار بالتزام طبيعي وتحويله إلى التزام مدني ، ما دام الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً (ديموج ١ فقرة ٣١٧) ، وما دام أن الشخص الذي استعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه (ديموج ١ فقرة ٢٩٨) . وقاعدة كهذه ليست في الواقع إلا تطبيقاً للمبدأ الذي يقضي بأن الغاية تبرر الواسطة ، وهي تبيح في الوقت ذاته للشخص أن يستقضي حقه بنفسه ما دام لا يتعسف في ذلك وما دام لا يرتكب عملاً إجراميا يعاقب عليه القانون الجنائي (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٦ ص ٢٦٣ — ديموج ١ فقرة ٣١٨) . ومن هنا نرى وجوب الاحتياط في استعمال هذا الحق، فإن القصد والاعتدال فيه صعب بقدر ما هو واجب (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٩) .

وبعد فنحن إذا نظرنا إلى الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضاء رأينا أنه يفسد الإرادة، سواء كانت وسائله مشروعة أو غير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعا أو غير مشروع. فالإكراه في جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويفسدها . لذلك يكون من الحق أن نقول إن العقد في الصورتين اللتين نحن بصددهما — الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه مشروعة للوصول إلى غرض مشروع والصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع — يجوز ، من ناحية منطق الإرادة ، إبطاله للاكراه . إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً في كل من الصورتين، فإن المتعاقد المكره إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذي أريد من العقد تحقيقه ، ويعتبر هذا منه تعسفاً في استعمال حق الإبطال . والتعسف في استعمال الحق يستوجب =

من المدين ما يزيد على حقه ، فإن الإكراه يتحقق ويبطل العقد . فمن فأجأ شخصاً متلبساً بجريمة ، فاستغل هذا الظرف واضطر إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه ، جاز إبطال العقد للإكراه . أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدينه بأن يعلن إفلاسه وابتغى من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراهاً، أما إذا حصل على حقه فإن الغرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه [(١)] .

١٩٧ – الشوكة والنفوذ الأدبي : ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبي الذى قد يكون لشخص على آخر ، سواء ارتباطا بصلة النسب كما بين الأب وولده . أو اتصلا برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشئ من ذلك كما بين الوصي والقاصر إذا لم يكونا من

= التعويض ، وخير تعويض ما كان عينيا، فيمتنع المتعاقد المكره من طلب إبطال العقد . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبقى في الصورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . وقد سبقت الإشارة إلى حالات أخرى مماثلة . أما إذا كان الغرض غير مشروع ، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أو غير مشروعة ، فالإكراه متحقق ، والعقد يجوز إبطاله لعيب في الإرادة ، وإذا استعمل المتعاقد المكره حقه في إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا – والغرض الذى يقصد تحقيقه من العقد غير مشروع – أنه متعسف في هذا الحق .

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ – وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ – وقارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ . كذلك إذا هدد رب العمل مستخدمه أن يبلغ عنه لاختلاسات ارتكبها أو يمضى له تعهداً بألا يعمل في متجر مماثل لمدة معينة كان هذا التعهد باطلا للاكراه ، لأنه لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل (محكمة باريس الاستئنافية في ٣١ يناير سنة ١٨٩٦ جازيت دى باليه ٩٦ – ١ – ٣٩٨) . ويعد إكراها كذلك تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تنزل له عن مال لها عنده (محكمة النقض الفرنسية في ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ جازيت دى باليه ١٩٠٣ – ١ – ٧٢٨) . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية أخرى هذا المبدأ على الوجه الآتي : «إذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر ، فلا يعد هذا في ذاته إكراها بالمعنى الذى يقصده القانون، ولا يمكن أن يكون سبباً في إبطال العقد الذى ينجم عن ذلك . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يجب البحث فيما إذا كان الدائن لم يعمل في الواقع إلا أنه استعمل حقه كما ينبغي أو أنه أساء استعمال هذا الحق . وللقاضى حسب الأحوال أن يرى في الوسائل التى استعملت لانتزاع التزامات باهظة من المدين إكراها غير مشروع من شأنه أن يفسد الرضاء» (١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ – ١ – ٧٦) .

وقد اشتملت بعض القوانين الحديثة على نصوص تقرر هذا المبدأ كقانون الالتزامات السويسرى (م ٢٧ فقرة ٢) والقانونين التونسي والمراكشي (م ٥٣/٤٨) والقانون اللبناني (م ١٢١) والقانون البرازيلي (م ١٠٠) . واشتمل المشروع التمهيدى للقانون الجديد على نص في هذا المعنى، فقضت الفقرة الأولى من المادة ١٧٨ بأنه «لا يعتبر إكراها الخوف من المطالبة بحق ما لم يستغل الضيق الذى وقع فيه الطرف المهدد فيبتز منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق» . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : «وما دام الغرض مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قد وقع بغير حق . أما إذا كان الغرض من الإكراه غير مشروع ، كما إذا استغل المكره ضيق المكره ليبتز منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق ، فيكون الإكراه على نقيض ما تقدم واقعا بغير حق . ولو أن حق الدائن في هذا الفرض قد اتخذ وسيلة لبلوغ الغرض المقصود» . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ – ص ١٨٦ في الهامش) .

ذوى القربى وبين الأستاذ والطالب وبين ذى النفوذ الدينى والمتدين وبين الرئيس والمرؤوس، لا يكفى عادة ليكون وسيلة للإكراه . ذلك أن استعمال النفوذ الأدبى والشوكة أمر مشروع ما دام القصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع [(١)] .

أما إذا قصد الوصول إلى غرض مشروع ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه [(٢)] [(1)] . ولا شك في أن موقف الزوجة من زوجها والزوج ذو شوكة

(١) وكما أن النفوذ الأدبى إذا قصد به الوصول إلى غرض مشروع لا يعد إكراهاً، كذلك العطف والحنو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده ، أما العطف والحنو فعاطفة من الأب نحو ولده ، فإذا وجد الولد نفسه مضطراً بحكم النفوذ الأدبى ، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوى، إلى إمضاء عقد لا يبهظ الملتزم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بعيب الإكراه. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن كون أحد الأبناء أثر في والده المقيم معه ليتصرف له تصرفاً في منفعته بشيء من ماله لا يعد في حد ذاته سبباً لإبطال العقد (٢١ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣١٠ – أنظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مارس ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢). وتقضى المحاكم الوطنية في كثير من القضايا بصحة العقود التى تصدر من الآباء لأولادهم يميزونهم بها عن بقية الورثة بدافع من العطف والحنو .

هذا وسنرى أن بعض هذه العقود قد تقوم على استغلال هوى جامح تثيره زوجة جديدة في نفس زوجها فيؤثرها هي وأولادها على زوجته الأولى وأولاده منها ، وفي هذه الحالة تطبق قواعد الاستغلال وقواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة التي سيأتي بيانها . والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبى من جهة والاستهواء والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن الأولى يفرض فيها أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف ، كأب أو رئيس أو معلم ، استعمل نفوذه الأدبى . والثانية لا يشترط فيها أن الشخص المتسلط على الإرادة له مقام كبير ، فقد يكون زوجة أو أولاداً للمتصرف .

(٢) ولكن يشترط أن يكون النفوذ الأدبى كافياً للتأثير في إرادة المتعاقد ، فإذا لم يستعمل الأخ أية وسيلة من وسائل الضغط على أختيه المتزوجتين والمستقلتين عنه – وبخاصة إذا كان هناك خلاف بين الأخ وأختيه – وقد أبرم العقد المطعون فيه بالإكراه على يد لجنة من العمد والمشايخ ، فلا يمكن أن يقال أن وسائل ضغط قد حصلت من الأخ على أختيه احدثت عندهما خوفاً شديداً حملهما على قبول ما لم تكونا تقبلانه اختياراً (محكمة استئناف أسيوط في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣٤٤ ص ٦٩٨) .

وقضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن مجرد النفوذ الأدبى أو هيبة الأقارب لا يكفى لبطلان العقد، بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩) . وقضت أيضا بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشترى على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البرئ ، وأن وقائع الإكراه التى أدعتها – بفرض صحتها – لم تكن لتؤثر في نفسها تأثيراً يحملها على توقيع العقد لأخيها بغير رضاء وتسليم ، فلا يكون ثمة محل لمجادلتها في ذلك (١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٧ ص ٦١٨) .

(1) الإكراه المبطل للرضا انما يتحقق بتهديد الطرف المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو بإستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً ، ولما كان النفوذ الأدبى إذا اقترن بوسائل اكراه غير مشروعة بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع يعتبر كافياً لابطال التصرف .
(جلسة ١٠/١١/١٩٩٤ الطعن ٥٢٠١ السنة ٦٣ ق س ٤٥ ص ١٣٦٨)
(جلسة ٢٢/١١/١٩٨١ الطعن ٩٦٤ السنة ٤٦ ق س ٣٢ ص ٥٠١)
(جلسة ٩/٦/١٩٧٠ الطعن ١٤٢ السنة ٤١ ق س ٢١ ص ١٠٢٢)

على زوجته ، وموقف الولد من أبيه وهو يخفض له جناح الذل من الرحمة ، وموقف المتدين من رئيس ديني والدين ذو أثر عميق في النفس ، وموقف المرؤوس من رئيسه وفي يد هذا إبقاؤه في العمل أو فصله ، كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير، وليس من الصواب أن يقال أن الشخص يتعاقد مختاراً فيها . فإذا أريد بالعقد وصول إلى غرض غير مشروع ، كعقد التزام باهظ يثقل كاهل الملتزم . ستحرر ما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه ، فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه[2].

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن المورثة التي تنقض ما أبرمته من تصرفات سابقة بالبيع والوصية، وتتجرد تجردا يكاد يكون تاما من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لإبعادها عن أقاربها إبعاداً تاماً ، وأحاطها بخصومها الألداء ، وجعلها تتنزل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتعطي لأحدهم توكيلا عنها ، تدل بهذه التصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة مسلوبة الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسلطاً جعلها لإرادته وتتصرف وفقاً لما يمليه عليها وتسير في الطريق التي رسمها ، فالوقفية التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإيصاء بها لبعض أقاربها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني (المطران) ناظراً وتفوض له التصرف في الريع على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون باطلة طبقا للمواد ١٢٨ و ١٣٣ و ١٣٦ من القانون المدني (القديم) لانعدام (كذا) رضائها وقت التصرف (٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماه ٩ رقم ٤٧٧ ص ٨٦١).

وتشتمل بعض القوانين الأجنبية على نصوص في هذا الموضوع تقرر أن النفوذ الأدبي وحده لا يكفى لإبطال العقد ، بل يجب أن تقترن به وسائل إكراه أخرى . وقد قضت المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي بأن «مجرد الخشية الصادرة عن احترام (La seule crainte révérentielle) واجب للأب أو الأم أو أي أصل آخر، دون أن يكون هناك إكراه واقع ، لا يكفى لإبطال العقد». أنظر أيضاً القانونين التونسي والمراكشي (م ٥١/٥٥) والقانون اللبناني (م ٢١٢) والقانون البرازيلي (م١٠٠) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م٢٠) ، وهي نصوص منتقدة، لأنه إذا كان صحيحاً كقاعدة عامة أن مجرد النفوذ الأدبي لا يكفي وحده وسيلة للاكراه، إلا أن هذا لا يمنع من أن تتحقق حالات يكفى فيها النفوذ الأدبي لإبطال العقد، وهي الحالات التي يساعد فيها استعمال هذا النفوذ لابتزاز التزامات باهظة كما تقدم القول. على أنه يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة من طريق نظرية التعسف في استعمال الحق، فإن صاحب النفوذ الأدبي يكون قد تعسف في استعمال نفوذه إذا هو قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع، فيلتزم بالتعويض، وخير تعويض هنا هو إبطال العقد. وكما يقوم العقد على أساس من التعويض وإن أعوزته الإرادة، كذلك يبطل على أساس من التعويض وإن لم تعوزه الإرادة. فالأولى إذن أن تتسع نظرية الإكراه حتى تتناول كل فرض من هذه الفروض (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص٤٣٨ – ص٤٣٩).

وقد اشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص في هذا الموضوع. فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ بأنه «لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبي، إذ لم يصحبه تأثير غير مشروع، سبباً كافياً لإبطال العقد». وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي: «وتعرض المادة ١٧٨ من المشروع لتطبيقات ثلاثة للاكراه بوصفه عيباً من عيوب الرضاء ... والتطبيق الثاني خاص بالنفوذ الأدبي، وهو بمجرده لا يعيب الرضاء، وإنما يعيبه إذا صحبه الإكراه وفقاً لعبارة المشروع الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٠ أنظر أيضاً التقنينات اللاتينية)، أو إذا كان هناك «تأثير غير مشروع» على حد تعبير المشروع. ويقصد بعبارة «التأثير غير المشروع» استغلال، أو إساءة استعمال، الاحترام الواجب لوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين ...الخ. بقصد ابتزاز مغنم فاحش أو منفعة مفرطة. وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة مما =

ب– رهبة تحمل على التعاقد

١٩٨– وجوب الأخذ بالمعيار الذاتي: قدمنا أن المادة ١٢٧ من القانون الجديد تقضى بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق... ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه. وهذا النص قاطع في أن القانون الجديد يأخذ في الإكراه بمعيار ذاتي محض. وقد كان القانون القديم (م١٣٥/١٩٥) يخلط بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي مقلداً في ذلك القانون الفرنسي كما سبق القول[1].

ولاشك في أن القانون الجديد أحسن صنعاً بالاقتصار على المعيار الذاتي وعدم الخلط بينه وبين المعيار الموضوعي، فإن الإكراه، كالغلط وكسائر عيوب الرضاء، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتي[2]. وهذا ما جرى عليه القضاء والفقه في مصر

= لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل معين من أعمال الإكراه». وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اعتماداً على ما تقرره القواعد العامة في هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التي وردت في هذا المشروع على ما سنرى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٨٥ – ص١٨٦ في الهامش).

ويعرف القانون الإنجليزي ما يسمى بالتأثير غير المشروع (undue influence) وفيه يسيء الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبي عليه. فمتي وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين، كأب وابنه أو كطبيب ومريض أو كمحام وعميله أو كرئيس ديني ورجل متدين، واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إمضاء عقد، فإن العقد يكون قابلاً للابطال. ولكن يجب طلب ذلك في مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع (أنظر بولوك في العقد ص٦٤٨ – ص٦٨٩ – كارتر في العقد ص٨٥ – ص٨٧).

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٠ – وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يزيل التعارض ما بين المعيارين الذاتي والموضوعي، وهو التعارض الوارد في المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي على ما رأينا، فذهب إلى وجوب التفريق ما بين المعيارين على الوجه الآتي: إذا كان المتعاقد فوق الوسط طبق المعيار الموضوعي، واكتفى في جسامة الخطر بأن يكون من شأنه أن يؤثر في الوسط من الرجال. أما إذا كان المتعاقد دون الوسط وجب تطبيق المعيار الذاتي، ونظرا إلى حالة المتعاقد وسنه وجنسه وما إلى ذلك (كوليه دى سانتيير فقرة ٢٢ مكررة (١) – بفنوار ص٦٠٦ – كولان وكابيتان ٢ ص٢٨٥). وظاهر أن هناك عيباً واضحاً في هذا التوفيق، فإن المتعاقد إذا كان فوق الوسط فإن إرادته لا تفسد بإكراه ليس من شأنه أن يفسد إرادة من هم فوق الوسط، فكيف يقال بعد ذلك إن إرادته قد فسدت بمثل هذا الإكراه!

(٢) ولا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعايير ذاتية في عيوب الرضاء والأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يقتضيه استقرار التعامل. ولا يوجد قانون واحد خلا من هذا الجمع. وانما القوانين تطاوع المقتضيات العملية، فتأخذ تارة بالإرادة الظاهرة والمعايير الموضوعية حيث يغلب اعتبار استقرار التعامل، وتأخذ طوراً بالإرادة الباطنة والمعايير الذاتية حيث يغلب اعتبار العدالة والمنطق القانوني. وتتفاوت القوانين في التوفيق ما بين الاعتبارين، فمنها ما يغلب عليه ترجيح الاستقرار، ومنها ما يغلب عليه ترجيح العدالة، ومنها ما يرضى الاعتبارين على حد سواء بالقدر الذي يقتضيه كل منهما فيكون بينهما قواما.

حتى في ظل القانون القديم[1]. وهذا هو أيضاً ما أخذت به الشريعة الإسلامية[1] والقوانين الأجنبية الحديثة[2].

فيجب إذن أن تكون الرهبة التي بعثها إلى نفس المتعاقد المكره التهديد بخطر جسيم محدق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعاً. فالرهبة إذن تكون قد أفسدت إرادته، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها، وإليها ترد سائر المسائل في الإكراه. وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيماً محدقاً، إنما هو المظهر المادي للرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد المكره فحملته على التعاقد. وليس الخطر الجسيم المحدق مقصوداً لذاته، بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس، وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد، مراعى في ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره. وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتي[3].

١٩٩ – تطبيق المعيار الذاتي: فالواجب إذن النظر إلى حالة المتعاقد الشخصية، فنتعرف إلى أي حد هو يتأثر بالرهبة والخوف، وندخل في اعتبارنا كل العوامل التي يكون من شأنها تكييف نفسيته، من جنس وسن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧.

---

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص٣٠٢ – محكمة أسيوط الكلية في ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٠ رقم ٢٢٣ ص٤٤٧ – محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ يونية سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٣١ – وفي ١٩ يونية سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥١٠ – هالتون ١ ص٣١٨ – دى هلتس ١ لفظ (convention) فقرة ٤٤ – والتون ١ ص٢٢٦ – ٢٢٧ – الدكتور عبد السلام ذهني بك فقرة ١٣٤ – الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٩ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤١٣ – الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٨٨ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٤.

(٢) مرشد الحيران م٢٨٨: «يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وصنعتهم ومناصبهم وجاههم تأثرهم من الحبس والضرب كثرة وقلة، وشدة وضعفاً».

(٢) القانون المدني الألماني م١٢٣ – قانون الالتزامات السويسري م٣٠.

(٣) وهذا ما انتهى إليه الفقه المصري في ظل القانون القديم. وقد جاء في هذا المعنى في كتاب نظرية العقد للمؤلف ما يأتي: «قلنا إن شرطاً واحداً كان يكفي في الإكراه، وهو المعيار الذي تقاس به جسامته. فإذا قيل إن الإكراه يجب أن يصل إلى حد من الجسامة بحيث يكون هو الذي دفع إلى التعاقد، فإن الشروط الأخرى التي ذكرت إلى جانب هذا الشرط تصبح غير ضرورية... ويتبين مما تقدم أن الشروط التفصيلية التي تتطلبها النظرية التقليدية في الإكراه غير صحيحة في كثير من تطبيقاتها. والأولى أن نغفل هذه الشروط وأن نكتفي بالمعيار المرن الذي ذكرناه، فيتحقق الإكراه إذا وجد المتعاقد المكره بالنسبة لظروفه الشخصية في حالة اضطرار ضغطت على إرادته وحملته على التعاقد» (نظرية العقد ص٤٣٧ وص٤٤٤).

فالأنثى غير الذكر. والصبي الصغير غير الشاب القوي. وهذا غير الهرم البالي. والقروي الساذج غير المدني المتحضر. والعصبي غير الهادئ المزاج. والضعيف غير القوي. والمريض غير المعافى. والجاهل غير المتعلم. والغبي غير الذكي. وهكذا. ويجب الاعتداد أيضاً إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملابسات، فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يحدثه وهو في مدينة آهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن. وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو في جماعة من الناس. وقد يكون الخوف أشد وقعاً في نفسه ليلا منه نهاراً. فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكييف جسامة الخطر في نفس المتعاقد[1].

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هي التي دفعت فعلا إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها[2]. وينظر في تقديرها إلى العوامل التي سبق بيانها. ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التي تعقب عليها محكمة النقض[3].

جـ – الجهة التي صدر منها الاكراه

٢٠٠ – الاكراه الصادر من المتعاقد الآخر والاكراه الصادر من الغير: كان القانون القديم يميز بين الإكراه والتدليس إذا صدرا من الغير. فالإكراه الصادر من الغير يؤثر في صحة العقد، أما التدليس الصادر من الغير فلا أثر له في ذلك. وكان هذا موضعاً للنقد

---

(١) ويلاحظ أن الخطر إذا كان يهدد المال، فالمفروض أنه لا يؤثر في إرادة المتعاقد إلا إذا كان المال الذي يتعرض للخطر أكثر مما يفقده الشخص من وراء التعاقد الذي أكره عليه. وقد يكون التهديد بالاستيلاء على المال غصباً سبباً لإفساد الرضاء حتى لو كان صاحب المال يستطيع استرداده بعد غصبه ما دام التهديد قد أثر في إرادته.

ولا يعتبر القانون الإنجليزي الخطر الواقع على المال إكراهاً، لأنه كان في استطاعة المتعاقد أن يدع الخطر يتحقق ثم يرجع بتعويض على من تسبب في ضياع المال (پولوك في العقد ص٦٤٥). وهذه نظرة تغفل احتمال عدم الجدوى في الرجوع بالتعويض.

(٢) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية – وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير درجة الإكراه من الوقائع، وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر في الشخص الذي وقع عليه الإكراه، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك (٢ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص١٥٧ – مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص١٢٠).

(٣) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن جسامة الخطر الذي ينشأ منه الإكراه إنما يقدر بالمعيار النفسي للشخص الواقع عليه الإكراه، وهذا يستدعي مراعاة حالته عملا بالمادة ١٣٥ من القانون المدني (م١٢٧ جديد). فإذا كان الكفيل قد دفع ببطلان الكفالة للاكراه قولا منه بأنه كان له في ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب، فضاع منه السند، فلجأ إلى مدينه ليكتب له بدلا منه، فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكفالة أخيه في دين له قبله، فلم يجد مناصاً من القبول، فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر في إرادة الكفيل، وهو رجل مثقف خبير بالشؤون والمعاملات المالية، إلى الحد الذي يعيب رضاءه بكفالة أخيه، فهذا رد سديد. وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند، بحكم كونه واقعاً لا يد للمكفول له فيها، لا يكون الإكراه المبطل للعقود، فهذا تزيد منه لا يعيبه أن يكون قد أخطأ فيه (أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٤ ص٥٨٥).

سبقت الإشارة إليه. أما القانون الجديد فقد نبذ هذا التمييز، وجعل الحكم سواء في الحالتين فعالج بذلك عيباً ظاهراً من عيوب القانون القديم.

والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قدمنا. وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير فإن أثر الإكراه من حيث هو عيب الرضاء لا يختلف، والإرادة تكون فاسدة في الحالتين. أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع، فإن المسئول عن هذا العمل هو المكره، وهو في إحدى الحالتين غيره في الحالة الأولى.

والذى يعنينا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضاء. فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير: كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال[1].

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذى أوردناه في التدليس. فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم، بهذا الإكراه. ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتماً أنه يعلم به، واختار المتعاقد المكره إبطال العقد، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية، بل على أساس التعويض. وهذا هو عين ما قررناه في التدليس[2].

ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر، إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضاء، فانه ينتج أثره كعمل غير مشروع، ويكون للمكره أن يطالب الغير الذى صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر[3].

---

(١) والقضاء والفقه في مصر متفقان على هذا الحكم حتى في ظل القانون القديم: محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص١٧١ – وفي ١٩ يونية ١٩٢٣ م٣٥ ص٥١٠ – دى هلتس ١ لفظ (convention) فقرة ٤٥ – هالتون ١ ص١٨ والتون ١ ص٢٣٤ – الدكتور ذهنى بك فقرة ١٣٦ – فقرة ١٤١ – الدكتور محمد صالح بك ٢٨١ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٠٥ – الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٨٩ – الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٦.

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ يونية سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥١٠ (وقد سبقت الإشارة إلى الحكم). وقارن المادة ٢٩ من قانون الالتزامات السويسرى. هذا ويصح القول هنا أيضاً بأن القانون أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة على النحو الذى سبق أن قررناه في صدد الغلط والتدليس.

(٣) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص في هذا المعنى، فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من المشروع بأنه «إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به، فليس للمكره إلا أن يطالب المكره بالتعويض». وقد حذفت هذه الفقرة في المشروع النهائى لأنها تقرير تكفى فيه قواعد المسئولية، كما سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٨٦ وص ١٨٧).

٢٠١– الاكراه الصادر عن ظروف تهيأت مصادفة (حالة الضرورة): وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد باعطائه مقداراً جسيماً من المال لهذا الإنقاذ، وكما لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه.

وقد ذهبت النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز ما بين هذا الفرض والفرض الذى يصدر فيه الإكراه من الغير. فإن الإكراه الصادر من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى ينتزع منه الرضاء، ومن ثم يؤثر في صحة العقد. أما الفرض الذى نحن بصدده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهيأت مصادفة، ولم يكن الغرض منها الضغط على إرادة المتعاقد، ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغلها عند تعاقده. ولما كانت النظرية التقليدية تشترط في الإكراه أن ينتزع الرضاء، وقد ورد فعلا لفظ «الانتزاع» (extorqué) في المادة ١١٠٩ من القانون المدنى الفرنسى، فإنها لا تجعل الإكراه الذى تهيأت ظروفه مباشرة ذا أثر في صحة العقد[1].

ولكن هذا التمييز الذى تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له، وهو أثر من آثار القانون الرومانى بقى في القانون الفرنسى بعد أن زالت مقتضياته[2]. والصحيح أن الإكراه متحقق في كلا الفرضين. وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة، بل صدرت تحت تأثير الضغط، فالإرادة فاسدة، سواء في ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبى أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها. فأثر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال. فإذا تعرض شخص لخطر الموت، وتقدم لإنقاذه شخص اشترط أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك، فلا فرق، من حيث حرية إرادة المدين، إذا كان مصدر الخطر الذى يتهدده هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدفة، وما دام الدائن قد علم بالظرف الخارجى واستغله فالعقد قابل للإبطال. كذلك الطبيب الذى يستغل خطورة المرض، فيضطر المريض إلى الالتزام

---

(١) أنظر في هذه النظرية التقليدية: نظرية العقد للمؤلف ص٤٢٥.

(٢) وذلك أن القانون الرومانى كان يجعل للاكراه جزاء مستقل غير إبطال العقد. أما الإكراه الذى تهيأت ظروفه مصادفة فلم يكن عليه جزاء، لأنه لا يمكن في هذه الحالة توجيه الدعوى ضد شخص معين صدر منه الإكراه. فانتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسى بالرغم من أن هذا القانون يجعل جزاء الإكراه إبطال العقد، ولا يكتفي بدعوى تعويض ضد من صدر منه الإكراه. وظاهر أن دعوى الإكراه يمكن توجيهها ضد المتعاقد الآخر دون حاجة إلى تلمس شخص صدر منه الإكراه (أنظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٥ – أنظر أيضاً «جوسران ٢ فقرة ٨٨ وهو يرى أن العقد يكون قابلاً للابطال في هذه الحالة لأننا لا ننظر هل كان الدائن ملوما أو غير ملوم من حيث وجود هذا الإكراه، بل ننظر هل كان المدين إرادته حرة مختارة أم صدرت إرادته تحت ضغط دافع).

ظاهر مما تقدم أن القانون الرومانى كان لا ينظر إلى الإكراه إلا باعتبار أنه عمل غير مشروع، فإذا تهيأت ظروفه مباشرة فلا مسئولية على أحد، ولا جزاء على مثل هذا الإكراه. أما الآن فنحن ننظر إلى الإكراه، لا بوصف أنه عمل غير مشروع فحسب، بل أيضاً بوصف أنه عيب في الرضاء. فالإكراه تهيأت ظروفه مباشرة إذا فاته الوصف فلا يفوته الوصف الثانى، ويكون إذن سبباً في إبطال العقد.

بمبلغ جسيم أجراً للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذى يؤخذ عادة، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة، ويجب أن يبطل العقد فى هذه الحالة، ومن ينقذ سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باهظ من ربان السفينة ليس له أن يتمسك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه.

وقد اشتمل المشروع التمهيدى للقانون الجديد على نص صريح فى هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل المتعاقد المهدد بخطر تهيأت ظروفه مصادفة، أو كان سيئ النية وأراد استغلال هذه الظروف. ففى الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكره حق إبطال العقد[1]، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه يكون سبباً لإبطال العقد فى الحالة الثانية. وهذا التمييز معقول ويجب الأخذ به فى ظل القانون الجديد. وإذا كان المشروع النهائى قد أغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه، بل هو قد اعتمد على القواعد العامة فى تقرير هذا الحكم[2]، وبخاصة على قواعد الاستغلال، وسنرى ذلك فيما يلى.

---

(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى - وقد حذفت فى المشروع النهائى اكتفاء بالقواعد العامة - على ما يأتى: «إذا أبرم شخص عقداً للخلاص من خطر جسيم حال، يهدده هو أو أحد أقاربه، فلا يعتبر هذا العقد قابلاً للبطلان بسبب الإكراه إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد». وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: «.... أما التطبيق الثالث فهو خاص بحالة من يجد غيره مهدداً بخطر جسيم حال لا يد له فيه، فيستغل هذا الموقف. فهو وإن لم يكن المتسبب فى الظرف الملجئ، إلا أنه انتفع به للحصول على مغنم فاحش. ويعتبر الإكراه فى هذه الصورة عيباً فى الرضاء (قارن الاستغلال). وعلى النقيض من ذلك ينتفى الإكراه ويكون الرضاء صحيحاً إذا لم يحاول المتعاقد الآخر فى مثل هذا الفرض أن يحصل على منفعة مفرطة، بل اقتصر إنقاذ المتعاقد الآخر فى مقابل منفعة معقولة. فمناط الحكم فى هذه التطبيقات الثلاثة هو فكرة (الإفراط فى الغنم)». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٨٥ - ص١٨٦ فى الهامش). أنظر أيضاً المادة ١٤٤٧ من القانون الإيطالى الجديد.

هذا والحكم يبقى صحيحاً حتى لو اعتقد المتعاقد المهدد أن المتعاقد الآخر قد أفرط فى الغنم، ما دام هذا الأخير كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذى يهدد المتعاقد معه. فإذا اتفق جراح شهير مع مريض على إجراء عملية خطيرة، وتقاضى أجراً لعمله مبلغاً كبيراً ولكنه يتناسب مع خطورة العملية، فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن إرادته لم تكن حرة وقت التعاقد. وتعليل ذلك أن الطبيب كان حسن النية، فلو فرض أن المريض لم يكن حرة الإرادة وأراد إبطال العقد، فمن حق الطبيب أن يتقاضى تعويضاً من المريض فى هذه الحالة، وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحاً كما مر ذلك فى صور مختلفة.

(٢) وقد أخذ بهذا الرأى الفقه والقضاء فى مصر حتى فى ظل القانون القديم: والتون ١ ص ٢٣٧-٢٣٨- الدكتور ذهنى بك فقرة ١٣٥ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٨٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٢١- الدكتور حلمى بهجت فقرة ٨٩ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٧ - وأبطلت محكمة الاستئناف المختلطة الاتفاق الذى يعقد فى حالة الاضطرار الناجمة من وجود سفينة فى خطر (٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٦)، واكتفت بإعطاء دعوى الفضولى (١١ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٣٥). أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ يونيه سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣ - وفى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ - وفى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤١ (وفى هذا الحكم الأخير ذكرت المحكمة فى أسباب الحكم أن القانون المصرى (القديم) لم ينقل من القانون الفرنسى كلمة «ينتزع»(extorqué) الواردة فى المادة ١١٠٩ من هذا القانون الأخير، والتى كانت السبب فى أن الفقه الفرنسى لا يجعل حالة الاضطرار التى تهيأت مصادفة إكراها يبطل العقد).

٤ - الاستغلال (*)

(L'exploitation)

٢٠٢ - الاستغلال والغبن: الغبن هو المظهر المادى للاستغلال. ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه.

ويستخلص من هذا التعريف: (١) أن الغبن لا يتصور إلا فى عقود المعاوضة غير الاحتمالية. أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن، لأن الأولى طبيعتها تقضى بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين، ولأن الثانية يعطى فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى[1]. (٢) أن الغبن يقدر وقت تمام العقد، فينظر إلى التعادل فى هذا الوقت، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك. (٣) أن الغبن يصعب الاحتراز منه، فلابد من التسامح فى الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش، وبهذا التمييز العملى يقول الفقه الإسلامى.

٢٠٣ - تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نفسية للاستغلال: والغبن مشكلة اجتماعية لم يهتد القانون إلى حلها حلاً مرضياً، فهى قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة، رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً. ثم إذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة، تدخل القانون لمنع الغبن.

كان الرومان متشبعين بروح الفردية، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الرومانى يعبأ بالغبن. ولما ساد الدين المسيحى أوروبا فى القرون الوسطى، انتكست روح الفردية. وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ فى الظهور منذ ذلك الوقت، فإن رجال الكنيسة قيدوا هذا المبدأ بالعدالة وبحماية الضعيف من استغلال القوى، وتوسعوا فى نظرية الغبن، فحرموا الربا فى

هذا والقانون المقارن فى هذا الموضوع متجه إلى جعل حالة الاضطرار مؤثرة فى صحة العقد، وسنرى ذلك عند الكلام فى نظرية الاستغلال (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٤١ حاشية رقم ١).

(*) **بعض المراجع:** ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ٦١ وما بعدها - جوسران فى البواعث فى الأعمال القانونية فقرة ٩١ - ديمونتس (Demontès) فى الغبن فى العقود ما بين البالغين سنة ١٩٢٤ - لويس لوكاس (Louis- Lucas) فى الغبن والعقد سنة ١٩٢٦ - الرسائل: هايم (Hayem) باريس سنة ١٨٩٩ - جرلييه (Geilier) باريس سنة ١٩٠٨ - ديجول (Dyol) مونبليه سنة ١٩١٩ - مورى (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - كولزون (Coulezon) مونبليه سنة ١٩٢٤ - ميمان (Mémin) باريس سنة ١٩٢٤ - هاون (Haon) مونبليه سنة ١٩٢٧ - موريكس (Morixe) سنة ١٩٢٩ - بروجا (Proga) باريس سنة ١٩٣١ - دالم (Dalem) باريس سنة ١٩٣٩ - فالمون (Valmont) باريس سنة ١٩٣٩ - أنظر أيضاً مقال الأستاذ ريكول فى مجلة مصر المعصرية سنة ١٨ ص١٨٩ - ص٢١٤ - نظرية العقد للمؤلف ص٤٤٥ وما بعدها - الدكتور حلمى بهجت بدوى ص٢١٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص١٤١ وما بعدها.

(١) وسنرى أن الاستغلال قد يقع فى العقود الاحتمالية بل وفى عقود التبرع، فهو أوسع مدى من الغبن.

عقود القرض، وحددوا للسلع أثمانها وللعمل أجره، وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العدل (juste prix) وبالأجر العدل (juste salaire). وعنيت الشريعة الإسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهي العقود الربوية، فحرمت الربا وتعقبته في جميع مظان وجوده. ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة، فضاق من تحريم الغبن ما كان قد اتسع. وعادت القوانين لا تعتد بالغبن إلا في أحوال معينة. وقويت هذه النزعة في الثورة الفرنسية، فألغت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن في بيع العقار. وورث القانون المدني الفرنسي، ومن ورائه القانون المدني المصري القديم، هذه التقاليد، فجاءت أحكامها ضيقة في الغبن. وقد التزم القانونان نظرة مادية للغبن. فالغبن فيها لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها، والعبرة في الغبن بالقيمة المادية للشئ لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد، والغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء، وهو عيب في العقد لا عيب في الرضاء، وآيته ألا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدود. وأظهر حالة للغبن في القانون المدني المصري القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م٣٣٦ – ١٩/٣٣٧ – ٤٢٠٤). وهناك حالات أخرى كانت منتشرة في نواحي هذا القانون، كالفائدة لا يزيد حدها الأقصى على ٨ في المائة، وكعقد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر في أجر الوكيل.

وقد تطورت هذه النظرية المادية في الغبن إلى نظرية نفسية في الاستغلال أخذ بها أكثر التقنينات الحديثة. والفرق ما بين النظريتين يتلخص في أمرين: (أولا) في النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشئ نظرة مادية لا نظرة شخصية، فالعبرة بقيمة الشئ في حد ذاته، وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب. أما في النظرية الأخرى فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشئ في اعتبار المتعاقد، إذ قد يكون الشئ تافها في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية. ويترتب على النظرة المادية لقيمة الشئ أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة، فإن الغبن يتحقق حتى لو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشئ، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشئ المادية ولكن يشتريه بثمن أكبر، غير مخدوع ولا مضطر، لأن قيمته الشخصية تعادل الثمن الذي بذله. في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد، طبقاً للنظرية المادية، مغبوناً ما دام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية، مع أنه كان عالماً بهذه القيمة ولم يخدع في أمرها ولم يضطر إلى التعاقد، أي أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه. فالغبن إذن في النظرية المادية هو كما قدمنا عيب مستقل قائم بذاته، وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء. أما الذي يترتب على النظرة الشخصية لقيمة الشئ فهو ألا يكون هناك غبن إلا إذا رضي المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهماً في قيمته، أو مخدوعاً فيها، أو مضطراً إلى التعاقد، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عوز أو حاجة. ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه. فلا يكون الغبن إذن في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً

بذاته وواقعاً في العقد، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء. (ثانياً) ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها في النظرية الأولى نظرة مادية، فهي درجة محددة، بل هي رقم مرصود. فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، أو الربع كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى القسمة، أو النصف كما كان الأمر في القانون الفرنسي القديم، أو سبعة أجزاء من اثنى عشر كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى بيع العقار، هو الغبن الذي يعتد به ويستوجب الجزاء إبطالاً أو تكملة. وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية، بالنسبة إلى ظروف المتعاقد الخاصة، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية، فلا يعتد به في هذه الحالة ولا يؤثر في صحة العقد. أما النظرية الشخصية فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً، فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه، بل تترك ذلك لظروف كل حالة، ويكفي أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ.

وغني عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد، وفي هذا ضمان لاستقرار التعامل، إذ يمكن للوهلة الأولى أن تتعرف هل في العقد غبن، ولا يقتضي ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشئ المادية، وتنسب هذه القيمة إلى الثمن، فإن وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به. ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها، فهي من الدقة الحسابية بحيث لا تصلح حلا عادلا لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسي، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف. وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حسابياً على جميع المسائل، دون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى، تكون قاعدة ظالمة رغماً من مظهر خداع فيها للعدالة.

وقد اعتنقت التقنينات الحديثة النظرية النفسية، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود. فقضى القانون المدني الألماني في المادة ١٣٨ ببطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره، في نظير شئ يؤديه، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشئ، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً (disproportion choquante) في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشئ. وتقضي المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً (disproportion évidente) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجزئة. وتقضي المادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (hors de toute proportion) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف،

جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات[1].

٢٠٤- القانون المصرى الجديد: وقدساير القانون المصرى الجديد التقنينات الحديثة وأخذ بالنظرية النفسية في الاستغلال، فنص في المادة ١٢٩ على ما يأتي:

«١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد».

«٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة».

«٣- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن»[2].

وقد حرص القانون الجديد على أن ينص في المادة ١٣٠ على أن «يراعى في تطبيق المادة

(١) أنظر أيضاً للقانون الإيطالي الجديد (م١٤٤٨ الفقرة الأولى) والقانون البولوني (م٤٢) والقانون اللبناني (م٢١٤) والقانون النمساوى (م٨٧٩) والقانون الصيني (م٧٤). وقد قدم النائبان الفرنسيان جيبال ودبان (Guibal et Dupin) إلى مجلس النواب الفرنسي في ٢٠ يونية سنة ١٩٢٠ مشروع قانون يكمل المادة ١١١٨ من القانون الفرنسي ويضع نصاً عاماً بحرم الاستغلال في جميع العقود، فيقضى بأن يكون الغبن سبباً في إبطال العقد إذا كان الاختلال في التعادل ما بين الالتزامات التي تنشأ عنه جسيماً، وكان هذا يرجع إلى استغلال حاجة الطرف المغبون أو خفته أو عدم تجربته (أنظر الوثائق البرلمانية الفرنسية: مجلس النواب سنة ١٩٢٠ الملحق فقرة ١١١٢ ص١٧٨٦).

هذا ويستخلص من بحث أجرى في البلاد التي تتضمن قوانينها المدنية نصوصاً عامة في الاستغلال على النحو الذي تقدم ذكره أن هذه النصوص نادرة التطبيق، وكان كثير من النقاد يتوقعون عكس ذلك ويخشون من أن هذه النصوص تكون مدعاة لكثرة التقاضي (أنظر مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (Morel) في بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وبقوتها الملزمة: باريس سنة ١٩٤٨ - ١٩٤٩ ص٣٨٧).

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي: «١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يكون مفروضاً، تبعاً للظروف، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف، فيجوز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعا. ٢- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن». وقد أدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات على المادة، وأصبح رقمها ١٣٣ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب كما وردت في المشروع النهائي. أما لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فقد تناقشت طويلا في هذه المادة، وكانت تميل في أول الأمر إلى حذفها، ثم اتجهت إلى تقييدها على الوجه الآتي: «١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد =

السابقة (م١٢٩) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة»[1]. والعقود التي يشير إليها أهمها عقد البيع إذا وقع على عقار القاصر وعقد القسمة وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد القرض إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائي. وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في هذه العقود. والمهم أن الغبن في هذه الحالات قام على أساس النظرية المادية، فلم يعتبر عيباً في الرضاء بل عيباً في العقد، واعتد في الشيء بقيمته المادية لا بقيمته الشخصية، ووقفت النصوص في بعض هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن.

= المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. ٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة. ٣- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن».

ولوحظ أن الهوى معناه الشهوة الجامحة لا المودة والعطف، وقد ترك تحديد الطيش والهوى لتقدير القاضي. وراعت اللجنة في التعديل الذى أجرته أن تعدل عن التوسع الذى اختاره نص المشروع وأن تجعل أساس النص قاصراً على استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح. وحذفت من الفقرة الأولى عبارة «ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعاً» لأنها من قبيل التزيد. وأضافت قيداً يتعلق بميعاد رفع الدعوى. وجاء في ملحق لتقريرها ما يأتي: «اقترح حذف المادة ١٢٩ الخاصة بالاستغلال إذ قد يكون في استبقائها ما يهدد المعاملات، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن وضع أحكام خاصة في شأن الاستغلال لا يقتصر أثره على دعم الأسس الخلقية في تنظيم المعاملات بل يجاوز ذلك إلى إقالة القضاء من عناء التحايل على النصوص وتحميل القواعد ما لا تطيق بطبعها. فالقضاء في ظل القانون الحالي قد استنبت فكرة الإيحاء والتسلط والاغواء وتوسع في تطبيق (الغلط في القيمة) عندما يكون دافعاً إلى التعاقد وتوسل بشتى الوسائل لدفع الجور في صور كثيرة من صور الاستغلال حفلت بها مجموعات الأحكام. وما من شك في أن هذه الحالة بذاتها تعرض المتعاملين لاحتمالات من خلاف التقدير وتفاوت مزاج المجتهدين في استحسان الخروج على القواعد العامة ولا تعين على توطيد الاستقرار في قليل أو كثير. لذلك رأت اللجنة أن إفراد نص للاستغلال يكون أدعى إلى إدراك المتعاملين لما قد يتعرض له العقد من طعن في نطاق ضيق واضح الحدود. ولكنها توسطت فلم تر أن يكون نطاق هذا النص رحباً على غرار نظيره في أكثر التقنينات الحديثة، ومنها التقنين الألماني والسويسرى واللبناني والمشروع الفرنسي الإيطالي، بل اقتصرت فيه على حالتي «الهوى الجامح والطيش البين».

وأصبح رقم المادة ١٢٩، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٨٩ - ص٢٠٣).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ١٨٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي: «يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود وبما يسمح به القانون من سعر الفائدة». فعدلته لجنة المراجعة على الوجه الوارد في نص القانون الجديد، لجعل النص أدق في الدلالة على المعنى المقصود، وأصبح رقم المادة ١٣٤ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ، وأصبح رقمه ١٣٠. ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٠٣- ص٢٠٤).

فإذا تركنا جانباً حالات الغبن المتقدم ذكرها ورجعنا إلى الاستغلال في نظريته العامة التي تتناول جميع العقود، وهي النظرية الشخصية التي تضمنها نص المادة ١٢٩ سالفة الذكر، رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذي نص عليه القانون.

فنحن نتكلم : (أولا) في عناصر الاستغلال، و(ثانيا) في الجزاء الذي يترتب عليه.

أ- عناصر الاستغلال

٢٠٥- العنصران الموضوعي والنفسي: للاستغلال عنصران، أحدهما موضوعي وهو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً، والآخر نفسي وهو استغلال ضعف في نفس المتعاقد[1].

٢٠٦- العنصر الموضوعي: أوردت المادة ١٢٩ العنصر الموضوعي للاستغلال في العبارة الآتية: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر». وهذا هو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً كما قدمنا.

ففي عقد البيع، لا يشترط التعادل بين التزامات البائع والتزامات المشتري، فقد يغبن أحد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع. ولكن إذا اختل التعادل اختلالاً فادحاً بين قيمة المبيع الذي التزم به البائع والثمن الذي التزم به المشتري، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق.

وفي الوعد بالبيع، إذا كان الواعد قد التزم مثلا ببيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد، بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل وما حصل عليه من فائدة بوعده هذا وهو الثمن الزهيد قد اختل اختلالاً فادحاً، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال هنا أيضاً يتحقق.

وفي الحالة الأولى يكون الاختلال الفادح واقعاً بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر. وفي الحالة الثانية يقع الاختلال الفادح بين التزامات المتعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد.

والعبرة في تقدير قيمة الشئ بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد، لا بقيمته المادية في ذاته. فقد تكون القيمة المادية لمنزل أربعة آلاف، فيرغب شخص في شرائه بخمسة آلاف لأن قيمة المنزل بالنسبة إليه تبلغ هذا الثمن. فالعبرة هنا بالقيمة الثانية دون الأولى. ولو اشتراه

(1) يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدني أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن رقم ١٨٦٢ لسنة ٥٩ق س٤٥ ص٣٨٢).

(جلسة ١٩٩٧/٥/١١ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص٩٧٤)

الراغب فيه بخمسة آلاف أو بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال فادحا بين ما دفعه وما اعتبر قيمة شخصية للمنزل، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال لا يتحقق، أما إذا دفع ثمناً عالياً يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية، كأن دفع ثمانية آلاف مثلا، جاز القول بأن الاختلال في التعادل اختلال فادح.

فالفداحة في اختلال التعادل معيارها مادي كما نرى. ولكن هذا المعيار ليس رقماً ثابتاً، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف في كل حالة. فقد تتحقق الفداحة بثمانية آلاف في المثل المتقدم، وقد تتحقق بمبلغ أقل، وقد لا تتحقق إلا بمبلغ أكبر. والقاضي هو الذي يقدر بأي مبلغ تتحقق. وينظر في ذلك إلى ظروف كل من المشتري والبائع وإلى جميع الملابسات الأخرى. فالمسألة هنا مسألة واقع لا مسألة قانون، ومحكمة النقض لا رقابة لها في ذلك إلا من حيث قصور التسبيب، فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التي جعلتها تقدر أن الاختلال في التعادل فادح، وكان بيانها في ذلك كافياً، فلا تعقيب لمحكمة النقض . وعبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون، فهو الذي عليه أن يثبت الفداحة في اختلال التعادل.

وأكثر ما يكون الاختلال فادحاً في عقود المعاوضة المحددة (contrats commuta-tifs) ففيها يأخذ المتعاقد ويعطي، وهو يعرف على وجه محدد مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى، سواء في ذلك أخذ لنفسه أو أخذ لغيره كما في الاشتراط لمصلحة الغير. ولكن قد يقع ذلك أيضاً في العقود الاحتمالية[1]، وهي عقود تنطوي على احتمال المكسب والخسارة كما هو معروف. إذ ينبغي أن يكون هناك نوع من التعادل معقول بين احتمال المكسب وقيمته من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى. فإذا كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال المكسب، وكان مقدار الخسارة في الوقت ذاته لا يقل كثيراً عن مقدار المكسب، كان الاختلال في التعادل فادحاً. فلو أن شخصاً أمن منزله من الحريق، وكان المنزل بعيداً كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه صاحبه إلا تلبية لطلب دائن ارتهن المنزل، واشترطت شركة التأمين أن يدفع المؤمن له أقساطاً سنوية عالية، احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل فتقاضي تعويض عنه هو مبلغ التأمين، ولم يكن هناك فرق كبير بين مقدار القسط السنوي وبين مبلغ التأمين ذاته، ففي مثل هذا العقد الاحتمالي وهو عقد التأمين قد يتحقق أن يكون الاختلال في التعادل ما بين التزامات المؤمن له والتزامات شركة التأمين اختلالاً فادحاً.

ولا يمكن القول في عقود التبرع إن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل، لأن المتبرع يعطي ولا يأخذ. ولكن الاستغلال بالرغم من ذلك يقع في التبرعات كما يقع في

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ويحسن الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يطعن فيها على أساس الغبن إذا اجتمع فيه معنى الإفراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أ عدم خبرته أو ضعف إدراكه». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٩١). وقد نص القانون اللبناني صراحة على ذلك، فجاءت الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٤ من هذا القانون ما يأتي: «العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للابطال بسبب الغبن».

المعاوضات. بل هو أشد وطأة فى الأولى منه فى الثانية. وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل، فإن الاستغلال يكون أكثر تحققاً فيما لا تعادل فيه أصلاً. والفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ من القانون الجديد، وهى تجيز فى عقود المعاوضة توقى دعوى الإبطال بتكملة البدل، تفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع فى غير عقود المعاوضة أى فى عقود التبرع[1]. أما كيف يقع الاستغلال فى التبرعات فإن ذلك سهل التصور، بل هو كثير الوقوع فعلاً. فقد يتبرع شخص بجميع ماله – ويغلب أن يتم ذلك عن طريق هبة فى صورة بيع – لزوجته الثانية وأولاده منها، مضيعاً بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعي، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال زوجته الأولى ضعفه أو هواه. وهنا لا يقال إن التعادل مختل اختلالاً فادحاً. بل يقال إنه غير موجود أصلاً، فالمتبرع أعطى دون مقابل، وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البيّن أو لهواه الجامح.

بل قـد يجـاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، كما إذا أوصى شخـص بجميع ما يملك الإيصاء به لشخص استغل فيه طيشاً أو هوى جامحاً، فالوصية هنا يعيبها الاستغلال، وهى ليست عقداً بل عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد.

٢٠٧ – العنصر النفسى: أما العنصر النفسى للاستغلال فقد أوردته المادة ١٢٩ فى العبارة الآتية: «وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً». وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى: «بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف». ثم أصبح نص المشروع النهائى كما يأتى: «وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو تبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف». ويلاحظ أن المشروعين التمهيدى والنهائى قد توسعا فيما يصح أن يستغل فى المتعاقد المغبون: الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك. بل ذهبا إلى مدى أبعد، فصرحا بأن العبرة فى كل هذا ألا يكون رضاء المتعاقد المغبون قد صدر عن اختيار كاف. والمشروعان فيما توسعا فيه يتفقان مع التقنينات الأجنبية الحديثة التى تضمنت نصوصاً عامة فى الاستغلال، وقد سبقت الإشارة إليها، ورأيناها تستعمل الألفاظ ذاتها. ولكن عندما عرض المشروع النهائى على لجنة مجلس الشيوخ آثرت اللجنة ألا تتوسع فى الاستغلال توسع التقنينات الأجنبية، وأن تقتصر فيما يصح أن يستغل على الطيش والهوى، مع اشتراط أن يكون الطيش بيناً والهوى جامحاً،

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن النص الآتى: «ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعاً». ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا النص لأنه من قبيل التزيد، وقد أسلفنا الاشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٠٤ فى الهامش). وبقيت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ وهى تفيد ضمناً كما رأينا أن الاستغلال قد يقع فى عقود التبرع.

إمعاناً فى تضييق الدائرة التى يطبق الاستغلال فيها، خشية من التحكم، ورغبة فى انضباط التعامل واستقراره[1].

فالعنصر النفسى فى الاستغلال ينحصر إذن فى أن أحد المتعاقدين يستغل فى المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً. وفى القضاء المصرى أمثلة بارزة على ذلك. فكثيراً ما يعمد رجل طاعن فى السن إلى الزواج من امرأة لا تزال فى مقتبل العمر، وليس من النادر أن تعمد الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى، فتستكتبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك. وقد تتزوج امرأة غنية من شاب عن ميل وهوى، فيعمد الزوج إلى استغلال الزوجة وابتزاز مالها عن طريق عقود يمليها عليها. وقد تشترى امرأة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجاً جديداً، فيطلقها الزوج القديم لقاء مبلغ طائل من المال. وقد يلقى الطيش والنزق بشاب ورث مالاً كثيراً فى أيدى المرابين والمستغلين، فيستكتبونه من العقود ما يجرده من الكثير من ماله، وهم يستغلون فى ذلك نزقه الشديد وطيشه البين. كل هذه أمثلة ننتزعها من حياتنا المصرية لندلل بها على أن الاستغلال ليس بالأمر النادر، بل هو شئ يقع فى الحياة. وإذا وقع كان القضاء فى أشد الحاجة إلى نص يعالج به ما يعرض له من الأقضية فى ذلك[2]. وهو إذا ترك إلى القواعد العامة يتلمس العلاج فى عيب بالذات من عيوب الرضـاء، أو يتلمسه فى قواعد العدالـة، كـمـا كان يفعل من قبل فى ظل القانون القديم، فإنه لا يلبـث أن يضطرب عليه الأمر، ويكون بين أن يفـسـر النصـوص على غير ما

(١) وقد ترتب على تضييق الدائرة التى يطبق فيها الاستغلال أن أصبحت المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى – وهى المادة التى حذفت من المشروع النهائى وتعرض كما أسلفنا لحالات خاصة فى الإكراه هى حالة الخوف من المطالبة بحق وحالة النفوذ الأدبى وحالة الضرورة – نصاً كان من المفيد استبقاؤه لأن نظرية الاستغلال أصبحت بعد هذا التعديل تضيق بالحالات المشار إليها. وقد قدمنا أنه يمكن اعتبار المادة ١٧٨ المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإكراه، فيستغنى عنها بتطبيق هذه القواعد.

(٢) وقد عرضت فعلا هذه الأقضية وأمثالها على المحاكم المصرية فى ظل القانون القديم فكانت تعالجها فى بعض الأحوال معالجة ناقصة عن طريق تطبيق القواعد العامة (فى الإكراه) أو عن طريق تطبيق قواعد العدالة، وفى أحوال أخرى كانت تسير وراء القضاء الفرنسى فى نظرية الاستهواء والتسلط على الإرادة التى سيأتى ذكرها فيما يلى:

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأنه إذا كان الحكم قد بنى قضاءه ببطلان عقد البيع على فساد رضاء البائع لكونه متقدماً فى السن ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أيضاً أن تضعف إرادته فيصير سهل الانقياد خصوصاً لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم، فإنه لا سبيل إلى الجدل فى ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع الدعوى (٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر رقم ٨٩ ص٢٩٦). وقضت فى حكم ثان بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وظروفها أن السند المطالب بقيمته صدر من المورث بمحض إرادته واختياره، ولم يؤخذ منه بالاستهواء أو بالتسلط على الإرادة، وكان هذا الاستخلاص سائغاً، فلا تدخل لمحكمة النقض لأن ذلك من سلطة قاضى الموضوع (٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص١٥٢). وفى قضية ثالثة كانت الزوجة تريد أن يطلقها زوجها حتى تتزوج من آخر، فاستغل الزوج هذه الظـروف، =

وضعت له، أو أن يتحرر منها فينقلب إلى تيه ليست فيه معالم مستقرة ولا ضوابط يسترشد بها فى خطاه.

ويلاحظ أن هذا العنصر النفسى يقتضى أن يكون المتعاقد المغبون «لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً». ومعنى هذا إن يكون الاستغلال قد وقع من المتعاقد الآخر، وإن يكون هذا الاستغلال هو الذى وقع من المتعاقد الآخر، وأن يكون

= وحصل من زوجته على مال وسندات ومنزل وعقد توكيل وعقد إيجار بما تناهز قيمته خمسين ألفاً من الجنيهات، ثم طلقها، ولما طعنت الزوجه فى هذا التصرف، قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن ما أعطته الزوجه لزوجها يعتبر بدل خلع، ولكن الزوجة كانت فى حالة اضطرار عند تقرير هذه الالتزامات بذمتها، وأن الرأى الصواب الذى يتحقق به العدل (أى تطبيقاً لقواعد العدالة) هو تخفيض هذه الالتزامات إلى الحد المناسب (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ ص٧٢٣). وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن بدل الخلع فى الشريعة الإسلامية يجب أن يكون مقترناً بصيغة الطلاق وأن المسألة على كل حال يجب أن تحال على القضاء الشرعى للفصل فيها (نقض مدنى فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٦ ص١٧٨). وقد أعيدت القضية إلى محكمة الاستئناف ولكن الخصوم لم يروا السير فى الدعوى الشرعية التى قضت محكمة النقض أن تقف الدعوى المدنية بسببها، واتفقوا على تسوية النزاع فيما بينهم.

وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا ثبت أن سند دين صدر من شخص وهو فى حالة مرضية كانت حياته فيها مهددة بالخطر مما جعله يفكر فى الانتحار ويحاوله مراراً وينتحر بالفعل، فضلاً عن كونه فى حالة عقلية تجعله مسلوب الإرادة، فتعاقده غير مبنى على رضاء صحيح، ولا تلزم ورثته بوفاء ما تعهد به فى هذا السند (٣١ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٨٦ ص١٦٧). وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة الاضطرار التى وجد فيها المتعاقد الآخر للوصول إلى غرض غير مشروع أى إلى التزام باهظ، فالعقد يكون باطلاً للاكراه، فإذا صدرت عدة تعهدات تحت تأثير ضغط الإرادة ونتيجة استغلال رغبة جامحة، فللمحكمة إقرار التعهدات التى أجازها المتعهد بمحض اختياره بعد زوال الإكراه والحكم ببطلان ما لم يجزه منها صراحة أو ضمناً (أول ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٦١ ص٣٤٣) - أنظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص١١٧١ - ومحكمة أسيوط الكلية فى ١٢ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص٢٦١.

هذا ولما كان القانون المدنى الفرنسى لا يتضمن نصاً عاماً فى الاستغلال، فقد خلق الفقه والقضاء الفرنسيان نظرية الاستهواء (Captation) أو الاستغواء (séduction). وقد قصراها على عقود التبرع دون عقود المعاوضة. ولا نرى فرقاً بين نظرية الاستغلال فى عقود المعاوضة ونظرية الاستهواء فى عقود التبرع. والجزاء فى الحالتين واحد هو قابلية العقد للابطال. والأولى إدماج نظرية الاستهواء فى نظرية الاستغلال واعتبارهما نظرية واحدة. وقد رأينا القضاء فى مصر يلجأ إلى نظرية الاستهواء حيث كانت نظرية الاستغلال تعوزه (نقض مدنى فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٢ ص١٥٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم - قارن استئناف مختلط فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٦٧ - وانظر آنفاً فقرة ١٩٧ فى الهامش). ويرى الدكتور وديع فرج فى مذكرات له غير مطبوعة التفريق ما بين نظرية الاستغلال ونظرية الاستهواء، ويذهب فى هذا إلى مدى بعيد، ويقول إن الجزاء فى الاستغلال هو البطلان النسبى أما الجزاء فى الاستهواء فهو البطلان المطلق (أنظر ص١٣٨ من المذكرات).

هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد. ويترتب على ذلك أمران: (أولهما) أن إرادة المستغل تكون إرادة غير مشروعة، فإذا انصرفت إلى استغلال المتعاقد المغبون، وهذا عمل مشروع[1]. وإذا كان المستغل لا يد له فيما أصاب المتعاقد المغبون من طيش أو هوى، إلا أنه قد استغل فيه ما أصابه من ذلك، وهذا ما يجعل الاستغلال قريباً من الإكراه إذا تهيأت ظروفه مصادفة على ما مر بنا[2]. (والأمر الثانى) أن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة، فهى إرادة ضلل بها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامح، وقد دفع بها الاستغلال إلى التعاقد، فالمعيار هنا معيار نفسى كما هو الأمر فى سائر عيوب الرضاء[1].

ووقوع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون، فلا تعقيب عليها من محكمة النقض، ولكن الوصف القانونى لوقائع الاستغلال، وأن ما يصح استغلاله مقصور على الطيش البين والهوى الجامح، مسألة قانون تبسط عليها محكمة النقض رقابتها.

وعلى المتعاقد المغبون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسى، إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادى، لا مستخلص منه ولا مفروض. والنص صريح فى هذا المعنى إذ يقول: «وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً». وهذا بخلاف نص المشروع التمهيدى الذى يجعل العنصر النفسى مفروضاً بوجود العنصر المادى فيقول: «بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته....».

٢٠٨ - علاقة الاستغلال بعيوب الرضاء: قدمنا أن العنصر النفسى يقتضى أمرين: أن إرادة المتعاقد المستغل تكون إرادة غير مشروعة، وأن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة.

فإذا نحن اعتبرنا الأمر الأول، كان العقد الذى أملاه الطرف المستغل عقداً غير مشروع. وإذا نحن اعتبرنا الأمر الثانى، كان هذا العقد ذاته - الذى لم يرض به الطرف المغبون إلا عن

---

(١) أنظر سالى فى إعلان الإرادة باريس سنه ١٩٢٩ فقرة ٩٨ على المادة ١٣٨ من القانون الألمانى.

(٢) أنظر سالى المرجع المتقدم فقرة ٩٩ (م١٣٨ ألمانى). وانظر آنفاً فقرة ٢٠١.

(1) التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفيه قبل صدور قرار الحجر لا يكون باطلا أو قابلا للابطال إلا إذا كان نتيجة إستغلال أو تواطؤ، ويقصد بالاستغلال أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله، والتواطؤ يكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب. ومن ثم فلا يكفى لابطال التصرف أن يعلم المتصرف إليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه أو غفله بل يجب أن يثبت إلى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ بالمعنى السابق بيانه، كما أنه لا يكفى لتحقق هذا الاستغلال توفر قصد الاستغلال لدى المتعاقد مع السفيه أو ذى الغفلة بل يجب كذلك أن يثبت أن هذا المتعاقد قد استغل ذى الغفلة أو السفيه فعلا وحصل من وراء العقد على فوائد أو تبرات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذى يتطلبه القانون.

(جلسة ١٩٦٤/٥/١١ الطعن ٢٠٠ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٧٠٦)

(جلسة ١٩٦٧/٥/١١ الطعن ٤٥ لسنة ٣٤ق س١٨ ص٩٧٤)

ضلال من طيشه أو ضغط من هواه – عقداً قد داخله عيب من عيوب الرضاء.

بالاعتبار الأول أخذ القانون الألماني (م١٣٨)، وجعل عقد المستغل باطلا بطلاناً مطلقاً لمنافاته للآداب[1]. وبالاعتبار الثاني أخذت التقنينات الحديثة الأخرى ومعها القانون المصري أو الجديد، وجعلت العقد قابلاً للإبطال أو للإنقاص لعيب في إرادة المتعاقد المغبون[2].

ويعنينا هنا أن نقف عند الاعتبار الثاني، وهو الذي أخذ به قانوننا المصري الجديد مقتفياً في ذلك أثر المشروع الفرنسي الإيطالي وكثير من التقنينات الحديثة. فالاستغلال، وفقاً لهذا الاعتبار، لا ينظر إليه على أساس أنه عمل غير مشروع صادر من الطرف المستغل. بل على أساس أنه عمل من شأنه أن يعيب إرادة الطرف المغبون. ذلك أن المتعاقد المغبون إذا هو استغل فيه طيش البين كان مضللا، وكان العيب الذي يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى التدليس أو الغلط. وإذا ما استغل فيه هواه الجامح، كان العيب الذي يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى الإكراه. والأمر في كل ذلك واضح، فإن المتعاقد المغبون لا يتصور أن يكون قد قبل هذا الغبن الفاحش الذي يختل به التعادل بين ما أخذ وما أعطى اختلالاً فادحاً، إلا أن يكون قد وقع في تدليس أو غلط في حالة الطيش البين، أو أن يكون ضحية إكراه في حالة الهوى الجامح، ولكن الغلط والتدليس والإكراه في حالات الاستغلال عيوب لا تتميز تميزاً كافياً حتى يقام الدليل عليها، بل هي عيوب مفترضة. ويكفي في افتراضها أن يقام الدليل على الاستغلال بعنصريه المادي والنفسي. لذلك لم يقتصر الجزاء فيها على قابلية العقد للإبطال، بل وضع بديلا عن هذا الجزاء في بعض الأحوال جزاء آخر هو قابلية العقد للإنقاص. وجعلت المدة التي ترفع فيها دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص سنة واحدة من تاريخ العقد. فخالفت دعوى الإبطال للاستغلال، بهذا وذلك، دعاوى الإبطال الأخرى التي تترتب على الغلط والتدليس والإكراه. وهذا ما نتولى الآن بيانه.

ب- الجزاء الذي يترتب على الاستغلال

٢٠٩- دعويان: إذا توافرت شروط الاستغلال التي أسلفنا ذكرها «جاز للقاضي، بناء

(١) أنظر سالي المرجع المتقدم فقرة ٩٥ – فقرة ٩٧ (م١٣٨ ألماني).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «لم يأخذ المشروع بمذهب التقنين الألماني فيما يتعلق باستغلال المتعاقد، بل اقتفى أثر المشروع الفرنسي الإيطالي. وليس معنى هذا التقنين (الألماني) أن المغبون قد خضع لتأثير لم يستطع التغلب عليه بإرادته، وإلا كان من أثر ذلك إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء. ولكن يعيبه أمر مختلف هو أن الطرف الآخر قد استغل فيمن تعاقد معه ما قام به من ضعف وما اشتد عليه من عوز. فليس ينطوي الأمر على عيب في الرضاء، بل هو ينطوي على عمل مخالف للآداب صدر من المتعاقد الذي حصل على منفعة لا تتناسب مع التزامه. ولذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق لا البطلان النسبي... تلك وجهة التقنين الألماني. وقد آثر المشروع اطراحها واتباع ما اختاره المشروع الفرنسي الإيطالي في هذا الصدد. فلم يعتبر الغبن عملاً مخالفاً للآداب، بل اعتبره عيباً من عيوب الرضاء يستتبع وجوده بطلاناً نسبياً» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٩٠ – ص١٩١).

على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد». ويتبين من ذلك أن القانون يرتب على الاستغلال إحدى دعويين: دعوى إبطال، ودعوى إنقاص.

وسواء طلب المتعاقد المغبون الإبطال أو طلب الإنقاص، فإنه يجب أن يرفع دعواه في «خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة» (م١٢٩ فقرة ثانية). والسنة هنا ميعاد لرفع الدعوى لا مدة للتقادم، فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه، ورفعها بعد ذلك، كانت الدعوى غير مقبولة كما يقضي بذلك صريح النص. ويقال عادة في هذا الصدد إن السنة ميعاد إسقاط (déchéance) لا ميعاد تقادم (prescripition). والفرق بين الميعادين أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف، بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الانقطاع والوقف. وتبدأ السنة من وقت تمام العقد، وتحسب بالتقويم الميلادي (م٣ من القانون الجديد).

والحكمة في أن القانون جعل ميعاد رفع الدعوى في الاستغلال مدة قصيرة، وجعله ميعاد إسقاط لا ينقطع ولا يقف، هي الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود التي يداخلها الاستغلال، فلا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح. وفي هذا حماية للتعاقد واستقرار للتعامل. أما دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه فسنرى أنها لا تسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (م١٤٠). وهذه المدة هي فوق ذلك مدة تقادم لا ميعاد إسقاط، فيجوز أن تطول إذا قام بها سبب من أسباب الانقطاع أو الوقف. والعلة في ذلك أن الطعن في العقد بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أمر من الميسور نسبياً تبين وجه الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة، فإن كلا من الغلط والتدليس والإكراه شئ يستطاع التثبت من وجوده بأيسر مما يستطاع التثبت من وجود الاستغلال[1].

٢١٠- دعوى الابطال: وإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاء المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء، وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال. أما إذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد، وأن المتعاقد المغبون كان دون استغلال يبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة، ورفض القاضي إبطال العقد، معاوضة كان أو تبرعاً، واقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة على الوجه الذي سيأتي بيانه. والخيار ما بين إبطال العقد وإنقاص الالتزامات يسترشد فيه القاضي بملابسات القضية وظروفها، فالمسألة إذن مسألة

(١) ولم يكن المشروع التمهيدي يفرق في هذا الصدد ما بين دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه ودعوى الإبطال أو الإنقاص في الاستغلال، فكل هذه الدعاوى كانت تتقادم بثلاث سنوات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٤٧). ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أدخلت التعديل الذي يقضي بهذا التفريق كما مر بنا (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٠٠ – ص٢٠١).

واقع لا معقب عليها من محكمة النقض.

ودعوى الإبطال للاستغلال يجرى عليها أحكام دعاوى الإبطال الأخرى، وسيأتى ذكر هذه الأحكام عند الكلام فى بطلان العقد. ولكنها تتميز عن سائر هذه الدعاوى فى أمرين:

(الأمر الأول) المدة التى ترفع فيها الدعوى، وقد مر ذكر ذلك.

(الأمر الثانى) أن الطرف المستغل يجوز له أن يتوقى الحكم بالإبطال. عقود المعاوضات إذا هو عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن. وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ على هذا الحكم فقالت: «ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن». فإذا كان العقد معاوضة كالبيع، وطلب البائع المغبون إبطاله للاستغلال، جاز للمشترى أن يعرض زيادة فى الثمن ترفع الغبن عن البائع. فإذا رأى القاضى أن الزيادة التى عرضها المشترى تكفى لرفع الغبن، اكتفى بها وامتنع عن إبطال العقد. ومقدار الزيادة الذى يكفى لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضى. ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشئ، بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش. وينظر القاضى فى تقدير ذلك إلى ملابسات القضية وظروفها، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسبيب وافياً. وغنى عن البيان أن ما قدمناه من دفع زيادة ترفع الغبن لتوقى دعوى الإبطال لا ينطبق على عقود التبرع، فإن من تلقى التبرع لم يدفع أى مقابل تصح زيادته لرفع الغبن.

٢١١ – دعوى الانقاص: وإذا اختار المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته الباهظة ورفع من بادئ الأمر دعوى الإنقاص، أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضى رأى الاقتصار على إنقاص التزاماته، قضى بإنقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذى لا يجعلها باهظة[1]. وهذا أيضاً موكول لتقدير القاضى ينظر فيه وفقاً لملابسات القضية وظروفها، كما هو الشأن فى الزيادة التى يعرضها الطرف المستغل لرفع الغبن فيما مر بنا. والمسألة هنا أيضاً مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها. ففى البيع المشوب بالاستغلال إذا رفع البائع المغبون دعوى الإنقاص، أو رفع دعوى الإبطال ولكن رؤى الاقتصار على الإنقاص، جاز للقاضى أن ينقص من المبيع القدر الذى يراه كافياً لرفع الغبن الفاحش عن البائع. ولا يشترط هنا أيضاً أن يكون الباقى من المبيع معادلاً للثمن، بل يكفى ألا يكون هناك غبن فاحش إذا قوبل هذا الباقى بالثمن.

ولا يجوز وقت النظر فى إنقاص التزامات البائع الباهظة أن يعدل القاضى عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة فى التزامات المشترى، بأن يزيد فى مقدار الثمن بدلا من أن ينقص

(١) وإذا صح للقاضى أن يحكم بالإنقاص ولو طلب المتعاقد المغبون الإبطال، فإنه لا يصح له أن يحكم بالإبطال إذا طلب المتعاقد المغبون الإنقاص. لأن هذا قد قدر مصلحته واقتصر على الإنقاص، فلا يصح للقاضى أن يحكم بالإبطال وإلا اعتبر أنه قد قضى للخصم بأكثر مما طلب. ويبقى القاضى متقيداً بطلب الإنقاص إذا تقدم به المتعاقد المغبون حتى لو كان الطرف الآخر أقر على إنقاص العقد إبطاله، ذلك أنه لا يستطيع أن يطلب إبطال عقد استغل هو فيه الطرف المغبون.

فى قدر المبيع، فإن نص القانون لا يجيز ذلك، ولأنه إذا كان إنقاص مقدار المبيع لا يؤذى البائع بل يرفع عنه الغبن، فإن الزيادة فى الثمن قد تؤذى المشترى إلى حد أن يؤثر العدول عن الصفقة. وإنما تجوز الزيادة فى الثمن إذا رغب المشترى نفسه فى ذلك بأن ترفع عليه دعوى الإبطال فيتوقاها بعرض زيادة فى الثمن يراها القاضى كافية لرفع الغبن كما مر.

ويجوز الإنقاص فى عقود التبرع التى داخلها الاستغلال كما يجوز الإبطال، وينقص القاضى التبرع إلى الحد الذى ينتفى معه أثر الاستغلال.

٢١٢ – دفع ما وجه من اعتراض على نظرية الاستغلال: خشى كثيرون من هذا النص العام الذى ورد فى القانون الجديد على الاستغلال، ورأوا فيه ما يعرض التعامل إلى التقلقل وعدم الاستقرار، وحسبوا أنه سيكون مصدراً لكثير من المنازعات والدعاوى. ولا نرى ما يبرر هذا التخوف، فإن القضاء المصرى قد واجه فعلا أقضية الاستغلال فى الأمثلة التى قدمناها، وعالجها بالقدر الذى استطاع عن طريق تطبيق القواعد العامة. وقد رأينا أن القواعد العامة لا تكفى هنا، وأن نصاً عاماً فى الاستغلال، لا سيما إذا شمل هذا النص حالات الاستهواء أيضاً، تفرضه الضرورة وتوجبه مقتضيات التعامل. فيواجه القاضى ما يعرض له فعلا من حالات الاستغلال بنص صالح تنضبط به المعاملات، وتنقطع معه أسباب الخلاف والتردد.

والغريب أن خصوم نظرية الاستغلال يناقض بعضهم بعضاً. ففريق منهم يرى أن هذا النص العام فى الاستغلال سيكون مصدراً لكثرة المنازعات والدعاوى[1]. وفريق آخر يقول على النقيض من ذلك إن النص نادر التطبيق، وإن أقضية الاستغلال التى طرحت أمام المحاكم فى البلاد التى اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى[2]. وسنرى ما يصير إليه الأمر فى مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذى اشتمل عليه القانون الجديد[3].

(١) ومن هؤلاء الدكتور وديع فرج إذ يقول فى مذكراته غير المطبوعة (ص١٣٤) ما يأتى: «ولا أبالغ إذا قلت إن هذا النص الخاص بالاستغلال سيعرض المعاملات لشئ كبير من القلقلة وعدم الاستقرار، وسيكون مصدراً غزيراً للمنازعات والدعاوى».

(٢) أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه باريس سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٢٧١ – وانظر أيضاً مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (Morel) فى بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وبقوتها الملزمة: باريس سنة ١٩٤٨ – سنة ١٩٤٩ ص٣٨٧ (وقد سبقت الإشارة إليها آنفا فقرة ٢٠٣ فى الهامش).

(٣) وغنى عن البيان أن العقود التى تكون قد أبرمت قبل نفاذ القانون المدنى الجديد يسرى عليها القانون القديم، فلا تطبق بالنسبة إليها قواعد الاستغلال التى مر ذكرها، بل يقتصر فيها على تطبيق القواعد العامة على الوجه الذى كان معمولا به فى القانون القديم. أما العقود التى تكون قد أبرمت منذ نفاذ القانون الجديد (أى منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩)، فهذه هى التى تسرى عليها المادة ١٢٩ من هذا القانون.

الفرع الثانى
المحـل
(L'Objet)

٢١٣ – تعريف محل الالتزام: محل الالتزام هو الشئ الذى يلتزم المدين القيام به. والمدين يلتزم كما قدمنا إما بنقل حق عينى أو بعمل أو بالامتناع عن عمل.

والالتزام بنقل حق عينى إنما هو التزام بعمل. ولكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه، فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عينى هو هذا الحق العينى ذاته. فإذا كان الحق العينى حق ملكية امتزج بالشئ المملوك وأصبحا شيئاً واحداً، فصار الالتزام بنقل الملكية محله هو الشئ ذاته الذى تنتقل ملكيته.

٢١٤ – الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام: يستخلص من نصوص القانون الجديد (م١٣١ – ١٣٥) أن محل الالتزام يجب أن يكون: (١) موجوداً إذا كان شيئاً (أى محلا لالتزام بنقل حق عينى)، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل. (٢) معيناً أو قابلاً للتعيين. (٣) قابلا للتعامل فيه[١].

المبحث الأول
المحل موجود أو ممكن
١ – المحل موجود

٢١٥ – معنى الوجود: إذا كان الالتزام محله نقل حق عينى، فالشئ الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً. والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشئ موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك.

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شئ موجود فعلا لا على شئ ممكن الوجود. فإذا لم يكن الشئ موجوداً فى هذه الحالة – حتى لو أمكن وجوده فى المستقبل – فإن الالتزام لا يقوم. كذلك يكون الحكم إذا وجد الشئ، ثم هلك قبل نشوء الالتزام.

(١) اقتصر القانون المدنى القديم فى الكلام على المحل على نص واحد، هو المادتان ١٤٩/٩٥. وهما تنصان على أنه «يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلا ممكناً جائزاً، وإلا كان باطلاً. فإن كان الغرض منه إعطاء شئ، وجب أن يكون ذلك الشئ مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه بالنوع وأن يكون صنفه مبيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال». وقد اشتمل المشروع التمهيدى للقانون الجديد على نص يسرد شروط المحل على هذا النحو، فنصت المادة ١٨١ من هذا المشروع على ما يلى: «يجب أن يكون محل الالتزام الذى ينشأ عن العقد أمراً ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وجائزاً شرعاً، وإلا كان العقد باطلاً». ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بالأحكام المفصلة التى وردت فى المواد التالية (م١٣١ – ١٣٥)، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٠٧ فى الهامش).

أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود، ويكون العقد بعد ذلك قابلا للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشئ عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به.

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شئ موجود فعلا وقت نشوء الالتزام، وجاز أن يقع الالتزام على شئ يوجد فى المستقبل.

٢١٦ – المحل المستقبل: رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من القانون المدنى الجديد صراحة على ذلك إذ تقول: «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً»[١]. وقد يبدو أن هذا النص بديهى، فهو يردد حكماً تقضى به القواعد العامة، إذ ليس فى هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل القابل للتعيين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده فى المستقبل. ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامى[٢]، فإن هذه القواعد تقضى بأن التعامل لا يصح إلا فى شئ موجود، فبيع المعدوم باطل، واستثنى السلم، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلة على خلاف القياس. وقد تأثر القانون المدنى المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامى فنص فى المادة ٣٣٠ على أن «بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل»[٣]. من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل فى الأشياء المستقبلة بنص صريح[٤].

(١) أنظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ٢١٧ فى الهامش) وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد. فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل. وينطبق نفس الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده فى المستقبل. ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكم حالة العقود الاحتمالية... فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشئ المستقبل. وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلا للتعيين. وليس ثمة محل للتفريق بين بيع الثمار المنعقدة وبيع الثمار قبل انعقادها على نحو ما فعل التقنين المختلط (م٣٣٠ – ٣٣١) متأثراً فى ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٠٨).

(٢) تقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامى لأن هناك من فقهاء المسلمين، كابن القيم، من يقول بجواز التعامل فى الشئ المستقبل إذا امتنع الغرر، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قبل أن ينبت بسعر الوحدة لا بثمن مقدر جزافاً.

(٣) ثم نصت المادة ٣٣١ من القانون المدنى المختلط على ما يأتى: «ومع ذلك فبيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثمار التى تنعقد والزرع الذى ينبت بعد البيع». أنظر فى القضاء المختلط نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٥٧.

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول، وهو وجود المحل، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلة، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلا للالتزام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٠٦).

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت[1]، بثمن مقدر جزافاً أو بسعر الوحدة، وقد قضى القانون الجديد على ما كان من خلاف فى هذا بين القانون الوطنى والقانون المختلط. ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشترى عند تمام البناء، فهذا بيع شئ مستقبل محقق الوجود. وقد يكون الشئ المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج[1].

والواقع من الأمر أن التعامل فى الشئ المستقبل كثير الوقوع فى الحياة العملية. فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها، بل لعله لا يكون قد بدأ فى ذلك. وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل ظهورها كما رأينا. ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه، بل قبل أن يبدأه. وينزل مقاول عن الأجر فى مقاولة لم ترس عليه بعد. هذه كلها عقود واقعة على شئ مستقبل، وهى صحيحة.

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروباً من التعامل فى الشئ المستقبل، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م١٠٣٣ فقرة ٢) أو رهناً حيازياً (م١٠٩٨). وقد يحرم جميع ضروب التعامل فى نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عند ما حرم التعامل فى التركة المستقبلة، وهذا ما ننتقل الآن إليه.

٢١٧ – التركة المستقبلة: نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من القانون الجديد على ما يأتى: «غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون»[2]. وهذه القاعدة ترجع فى أصلها إلى القانون

(I) (أ) الاتفاق على بيع محصول فى المستقبل جائز بحكم المادة ١٣١ من القانون المدنى، فإذا حصلت محكمة الموضوع أن العاقدين قصدا بيع ٧٥٠ قنطاراً من القطن محددة على الأقل واستندت فى ذلك إلى أسباب سائغة فان هذا ما يدخل فى نطاق سلطتها الموضوعية التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٠ ص٦٤١)

(ب) إذا كان عقد الايجار الصادر من المالك والمؤجر لا يسرى فى حق المشترى إلا بالنسبة لما كان قائما من المبانى فعلا وقت البيع، فان عقد الايجار الصادر من المالك السابق فى شأن عين النزاع التى لم يكن وقت البيع قد قامت على نحو يجعلها قابلة للانتفاع بها لا ينفذ فى حق المشترية المطعون عليها الأولى.

(جلسة ١٩٧٩/٣/١٧ الطعن ١٢٧٨ لسنة ٤٨ق).

(١) وقد يكون البيع الواقع على النتاج بيعاً احتمالياً، فيصح وجد النتاج أو لم يوجد، ويراعى ذلك طبعاً فى تقدير الثمن.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص (بفقرتيه) فى المادة ١٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً. ٢– غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية». ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدى=

الرومانى، فقد كان هذا القانون يعد التعامل فى التركات المستقبلة مخالفاً للآداب لأن من يتعامل فى تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته، ويعده كذلك مخالفاً للنظام

= يجيز التعامل فى التركة المستقبلة برضاء المورث. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع فى هذا الصدد ما يأتى: «والأصل حظر التعامل فى تركة الإنسان ما بقى على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التى جرى العمل عليها من عهد الرومان. بيد أن المشروع قد استحدث فى هذا الشأن أحكاماً هامة، فأباح التصرف فى التركة المستقبلة إذا ارتضى صاحبها ذلك. والحق أن علة تقرير البطلان، وهى الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثه، ينبغى استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صح عنده من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف. وبهذا أبيح للورثة أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يحتمل أن يؤول إليهم منها مادام المورث قد أقرهم على ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٠٥ فى الهامش). وورد فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتى: «ويرد على قاعدة جواز التعامل فى الأشياء المستقبلة استثناء يتعلق بالتركات المستقبلة، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك. ويراعى أن النص الذى تضمنه المشروع أعم من نص المادتين ٣٣٢/٢٦٣ من التقنين الحالى، حيث يقتصر الحظر على البيع. بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالى خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل فى التركة المستقبلة إذا كان حاصلاً برضاء صاحبها. فقد احتذى هذا التقنين مثال أغلب التقنينات الأجنبية، وقضى ببطلان التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاء لعدم مشروعية المحل، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب. وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلا ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلة. أما المشرع فقد اتبع فى هذا الشأن مذهباً لا يزال نصيبه من الذيوع غير كبير (أنظر مع ذلك المادة ٦٣٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٣١٢ من التقنين الألمانى، وكذلك المادة ١٢٧١ من التقنين الإسبانى والمادة ١٣٧٠ من التقنين الهولندى والمادة ٥٨ من التقنين البولونى)، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا فى التصرف وارتضاه. وليس يكفى لإتمام التعاقد فى هذه الصورة رضاء المتعاقدين، بل لابد أيضاً من رضاء المورث، ويجب أن يكون رضاء الجميع ثابتاً فى عقد رسمى. وإذا كان التصرف لا ينعقد إلا باجتماع إرادات ثلاث، فلهذه الحالة نظير فى التقنين المصرى الحالى، فحوالة الحق لا تنعقد إلا إذا اقترن رضاء المحال عليه برضاء طرفى الحوالة. وعلى هذا النحو يكون التعامل فى التركات المستقبلة قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة فى تطوره. فقد كانت الفكرة فى مبدأ الأمر حماية الوارث، ولهذا شرع البطلان النسبى لمصلحته. ثم اعتبر البطلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة. وانتهى الأمر بالمشروع، والتقنينات التى اقتبس منها، إلى وضع المسألة وضعاً جديداً. فكل تصرف يرد على تركة مستقبلة لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم، بل يتناول شخصاً ثالثاً، يعتبر تدخله ضرورة لا معدى عنها، إذ الأمر يتعلق بتركته. وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى فى التصرف، فهو فى الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التى استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً للآداب. وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها. فهو يبيح اتفاقات لها، بغير شك، نفعها من الناحية العملية، ولا يحول دون الإفادة منها إلا الحظر القائم. فللورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وبموافقته أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلة. ولاشك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم. كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٠٨ – ص٢٠٩).

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التجديد، وأن تعود إلى الحكم =

العام إذ هو خليق أن يغرى ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث. فالرومان عندما حرموا التعامل فى التركة المستقبلة كانوا ينظرون إلى مصلحة المورث، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا فى العقد. أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً، فإن الوارث الذى يتعامل فى تركة مستقبلة يغلب أن يكون نزقاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال فى الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه فى المستقبل. فتحريم هذا التعامل تقرر حماية له من نزقه. لذلك كان التحريم مطلقاً، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الرومانى. وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية.

وكل ضرب من التعامل فى تركة مستقبلة باطل، أيا كان الطرفان، وأيا كان نوع التعامل(أ). وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى القانون المدنى القديم، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً فى هذا الصدد. ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلة، ومن يكون طرفاً فى التعامل فيها، وضروب التعامل التى ترد عليها.

فالتركة هى مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته. فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو

= القديم فى تحريم التعامل فى التركة المستقبلة ولو برضاء المورث، فعدلت نص المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً. ٢- غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون». وقد لوحظ فى الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل فى التركة المستقبلة برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً، ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد. وقد أصبح رقم المادة ١٣٥ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة «ولو كان برضاه» زيادة فى الإيضاح ونسجاً على منوال التقنين القديم. وأصبح رقم المادة ١٣١. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية، ٢ ص٢٠٦ - ص٢١١). وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى - وقارن المادة ٣١٢ من التقنين الألمانى والمادة ٦٣٦ من تقنين الالتزامات السويسرى.

هذا وقد كان القانون المدنى القديم يتضمن نصاً مماثلا لنص القانون الجديد، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل. فكانت المادتان ٣٣٢/٢٦٣ تقضيان بأن «بيع الحقوق فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه». ولكن الفقه والقضاء فى مصر كانا يعتبران هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هى تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغير بيع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٥٦).

(أ) من المقرر أن الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه أياه أو يؤدى إلى المساس بحق الارث فى كون الانسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالارث أم يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام إذ يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة ويباح اثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق.

(جلسة ١٩٧٥/١١/١١ مجموعة المكتب الفنى لسنة ٢٦ ص١٣٩٤).

(جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص١٧٣٦).

تركته المستقبلة. والتعامل المحرم هو الذى يقع على تركة مستقبلة فى مجموعها أو فى جزء من هذا المجموع أو فى مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة(١). ويستوى أن تأتى التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية. فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل فى نصيبه فى تركة مستقبلة كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلا.

أما الطرف الذى يقع منه التعامل فى التركة المستقبلة فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبى نصيبه فى التركة المستقبلة(٢). وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع فى نصيب كل منهما من الميراث، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر. وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبى، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانونى، أو يتفق مع أجنبى على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهى تختلف عن هذا الضرب من التعامل فى أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصى وفى أنها لا تجوز إلا فى حدود معينة. والحكمة فى تحريم التعامل على

(١) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة، فإنه يصح. وعلى ذلك لا يعتبر باطلا أن يبيع شخص كل ماله الحاضر، ولكن إذا تصرف فى كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملا فى تركة مستقبلة. ولا يعد تعاملا فى تركة مستقبلة أن يؤجل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أمله فى سداد الدين من التركة التى سيرثها، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو، فليس فى هذا تعامل فى مال يدخل ضمن تركة مستقبلة، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة. ولا يكون التعاقد باطلا حتى ولو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين، كما إذا كان الدائن لمستحق فى وقف قد حصل على أن يكون المستحق التالى فى الوقف كفيلا لمدينه توقعاً لموت هذا المدين، لأن التعامل هنا لم يقع على مال فى تركة مستقبلة. كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لاخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على ألا تطالب بشئ من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل فى تركة مستقبلة وقد اقترنت الهبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٨ يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٠ ص٩٩).

ولكن يعد تعاملا فى تركة مستقبلة أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن فى أية وصية تصدر من المورث لأحدهم أو لأجنبى، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأى منهم باطلة. كذلك يعد تعاملا فى تركة مستقبلة تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه فى أية تركة تؤول إليه، وإلزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد.

(٢) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالاً معيناً على أنه سيؤول إليه فى تركة مورثه - وهذا بيع باطل لأنها تعامل فى تركة مستقبلة - وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه فى الحال - وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للابطال. فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث، فهم من ذلك أن البائع يتصرف فى حق من حقوقه المحتملة فى تركة مستقبلة، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٤٤).

المورث نفسه ترجع إلى أن الأحكام الميراث والوصية من النظام العام، فإذا أبحنا للمورث التعامل فى تركته المستقبلة استطاع أن يحيد عن هذه الأحكام[1] (أ).

وكل ضرب من ضروب التعامل فى التركة المستقبلة محرم كما قدمنا. فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل، أو يهبه، أو يقسمه، أو يقايض به، أو يقدمه نصيباً فى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثا أو غير وارث، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام. والتحيل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة، ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الدعوى. وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شئ يمس بحق الإرث عنه، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ماله فى حالة وفاته قبلها، فإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فى الميراث، فهو اتفاق باطل. أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه. ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون، بل هو من قبيل الرقى المحرمة شرعا (نقض مدنى فى ١٤ يونية ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص٤٤٩).

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث من أن يبيع لوارثه فى الحال مالا مملوكا له، أو يهبه إياه، فليس هذا تعاملا فى تركة مستقبلة، بل هو تصرف فى مال حاضر. وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته، وأن تقيد التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث. وأما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف فى ملكه، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل نصيبهم، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بعيب. وأن هذا حق لا غبار عليه، ولا يناقض ما قررته محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٣٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدنى فى ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٢ ص١١٣٨)

(أ) التحايل الممنوع على احكام الارث ما كان متصلا بقواعد التوريث واحكامه المعتبرة شرعا كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كايجار ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حاله صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث لان التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلاحق للورثة فيه، ومتى كانت هذه التصرفات المنجزة جائزة شرعا فانه لا يجوز الطعن فيها بعدم مشروعية السبب بمقولة أن الباعث الدافع إليها هو المساس بحق الورثة فى الميراث إذ لا حق لهؤلاء فى الأموال المتصرف فيها يمكن المساس به.

(جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ الطعن ٣٥١ لسنة ٣٣ق السنة ١٨ ص١٨٣٣)

(جلسة ١٩٧٠/٣/٣١ الطعن ٣٨ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٥٣١)

(جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥ الطعن ٢٩٩ لسنة ٥٠ق س٣٤ ص٨٣٣)

شركة، أو يصالح عليه، أو يتنزل عنه بإرادته المنفردة. بل هو لا يستطيع أن يؤجره[1]، أو أن يجرى عليه أى نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازه القانون بنص صريح، وذلك كالوصية (م٩١٥ جديد) وقسمة المورث (م٩٠٨ - ٩١٣ جديد).

٢ - المحل الممكن

٢١٨ - الامكان يقابل الوجود: رأينا فى الالتزام الذى يكون محله نقل حق عينى أن الشئ الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً. أما الالتزام الذى يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً. والإمكان هنا يقابل الوجود هناك، فإذا كانت محل الالتزام مستحيلاً، فإ الالتزام لا يقوم، ويكون العقد باطلاً، لأنه لا التزام بمستحيل. (a l'impossible nul n'est tenu). وقد نصت المادة ١٣٢ من القانون المدنى الجديد على ذلك إذ تقول: «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلا[2]».

٢١٩ - الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية: والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة

---

(١) فإذا تعهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه فى تركة كان عقده باطلا (محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة فى ٢ يوليه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ - ١ - ٥٥٣).

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى:

«١ - إذا كان محل الالتزام الذى نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة، كان العقد باطلا.
٢ - أما إذا كان الأمر مستحيلا على المدين دون غيره، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده». وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «إذا كانت الاستحالة مطلقة، فالمحل غير موجود فى الواقع. ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد، فيكون العقد للمتعاقد فى هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان. أما إذا كانت الاستحالة نسبية، أى قاصرة على الملتزم وحده، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه. على أن التنفيذ إذا استحال على المدين، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافى، إن كان ثمة محل لذلك. وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذكر القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية. فبعض هذه التطبيقات قد ورد فى مواضع أخرى من المشروع، وبعضها من اليسير أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة ٣٠٧ من التقنين الألمانى والمادة ٢٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادتين ٥٦ و٥٧ من التقنين البولونى ألخ... على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض)». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلا فى ذاته، وأصبح النص كما يأتى: «إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا». وأصبح رقم المادة ١٣٦ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قيل إن المراد من أن الأمر يكون «مستحيلا فى ذاته» هو أن يكون مستحيلا استحالة مطلقة، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٣٢. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢١١ - ص٢١٤).

المطلقة، وهى أن يكون الالتزام مستحيلا فى ذاته كما تنص المادة ١٣٢، لا أن يكون مستحيلا بالنسبة إلى الملتزم فحسب. فقد يلتزم شخص بعمل فنى يكون مستحيلا عليه هو أن يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطيقونه. ففى هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام، ويكون المدين مسئولا فى هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه ولتسرعه فى أن يأخذ على نفسه إلتزاماً لا يطيقه، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين. ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له، ففى كلتا الحالتين يوجد الالتزام، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العينى ويكون مسئولاً عن التعويض على النحو الذى قدمناه.

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة(I)، وهى ما رجعت إلى الالتزام فى ذاته كما رأينا(١)، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا الالتزام، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضى بنشوئها بعد أن وجد، فتبرأ ذمة المدين، ولكن يبقى مسئولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير فى جانبه، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين. ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك، أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد.

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلاً سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له، وإنما تجعله فى الحالتين قابلا للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه. أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود

(١) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام فى ذاته، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره. فيجب إذن أن تكون الاستحالة موضوعية (impossibilité objective) بالنسبة إلى جميع الناس، لا استحالة شخصية (impossibilité subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض.

ومن ثم فبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية. وإذا كان الالتزام بنقل الملكية فى هذا البيع مستحيلاً على البائع، فليس هو بالأمر المستحيل فى ذاته، ويستطيع المالك الحقيقى، بل يستطيع نفس البائع إذا أصبح مالكاً، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام، ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلا للابطال (م٤٦٦ من القانون المدنى الجديد)، لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ.

(I) إذا كان النص فى المادة ١٣٢ من القانون المدنى على أنه «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلاً» يدل على أنه إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة بسبب سابق على الالتزام فانها تجعل العقد باطلا، وكان من شأن شراء الشخص لشئ كان مملوكا له وقت البيع أن يكون محل البيع مستحيلاً استحالة مطلقة فان العقد يقع باطلا.

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٣ الطعن ٧٤٥ لسنة ٥٤ق).

التعهد فإنها تجعل العقد باطلاً، وإن كانت لاحقة جعلته قابلا للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين(١).

٢٢٠- الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية: والاستحالة فى الأمثلة التى قدمناها استحالة طبيعية. وقد تكون الاستحالة قانونية، أى ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب فى القانون، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى أو نقض فى قضية لا يجوز فيها النقض. ففى مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام.

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة: تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به، وتنهى الالتزام إذا وجدت بعد ذلك. وينبنى على ما تقدم أن تعهد المحامى برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذى يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً فى جانبه، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامى ترك الميعاد ينقضى دون أن يرفع الاستئناف فأصبح رفعه مستحيلاً، فإن الالتزام يوجد أولاً، ثم يصبح تنفيذه العينى مستحيلاً، فيكون المحامى مسئولا عن التعويض.

المبحث الثانى
المحل معين أو قابل للتعيين

٢٢١- النصوص القانونية: نصت المادة ١٣٣ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً».

«٢- ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط(٢)».

(١) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة قاهرة، إذا هى لم ترجع إلى تقصير من الملتزم، فينقضى الالتزام بها، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٨٤ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى: «١- يجب أن يكون الشئ محل الالتزام معيناً بذاته، أو بنوعه ومقداره. ٢- ويكفى أن يكون الشئ معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على درجة الشئ من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من أى ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط». وفى لجنة المراجعة تقرر إدخال بعض تعديلات لفظية، والنص على حكم البطلان بعد أن استغنى عن المادة ١٨١ من المشروع، وحذف عبارة «صراحة أو ضمنا» من الفقرة الثانية لأن الاتفاق الضمنى يندرج تحت عبارة «استخلاص ذلك من أى ظرف آخر» وإضافة العرف كتخصيص يليه تعميم فى عبارة «من أى ظرف آخر». فأصبح النص كالآتى: «١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً. ٢- ويكفى أن يكون المحل=

ونصت المادة ١٣٤ على ما يأتي:

«إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر(1)».

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين(1). فإذا كان المحل نقوداً، وجب أن تكون هي أيضاً معينة أو قابلة للتعيين، أما قيمة هذه النقود إذا تغيرت فليس في الأصل لتغيرها أي اعتبار.

فنتكلم: (أولا) في كيفيـة تعيين المحـل (ثانيا) في تعيين محل الالتزام إذا كان نقـــوداً.

= معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط». وأصبح رقم المادة ١٣٧ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وكذلك فعلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، وأصبح رقم المادة ١٣٣. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢١٤ – ص٢١٧). أنظر المادة ١٩٠ فقرة ٢ من التقنين اللبناني والمادة ٢٤٣ من التقنين الألماني.

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ١٨٦ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي: «١– إذا كان محل الالتزام نقوداً فلا يكون المدين ملزماً إلا بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك. ٢– إذا لم يكن للنقد المعين في العقد سعر قانوني في مصر جاز للمدين أن يفي دينه بنقود مصرية بسعر القطع في الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء. فإذا لم يكن في مكان الوفاء سعر معروف للقطع، فبسعر قطعها في أقرب سوق تجارية. كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. ٣– إذا تأخر المدين عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق بتقصير منه كان ملزماً بفرق السعر، دون إخلال بفوائد التأخير». وفي لجنة المراجعة اقترح حذف النص كله لأنه يقرر حكماً في مسائل اقتصادية يحسن تركها لقانون خاص، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على ذلك مع استبقاء الفقرة الأولى على أن يحذف منها العبارة الأخيرة «ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك»، فأصبح النص الذي أقرته اللجنة هو ما يأتي: «إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر». وأصبح رقم المادة ١٣٨ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل، وكذلك فعلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، وأصبح رقم المادة ١٣٤. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢١٨ – ص٢٢٢).

أنظر المادة ٢٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي. هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن النص الآتي (م٤٧٤/٥٧٧): «إذا كان الشيء المستعار نقوداً لزم رده بعين قيمته العددية، أياً كان اختلاف أسعار المسكوكات الذي حصل بعد وقت العارية». وهذا النص لا يختلف في المعنى عن النص الجديد، وإن كان مقصوراً على عقد القرض.

(1) مؤدى نص المادة ١٣٣ من القانون المدني أنه يكفي لتعيين محل الالتزام أن يحدد في عقد الإيجار العين المؤجرة تحديداً نافياً للجهالة.

(جلسة ١٩٨١/٢/٢١ الطعن ٧٩٠ لسنة ٥٠ق س٣٢ ص٥٧٣)

١ – كيفية تعيين المحل

٢٢٢– تعيين محل الالتزام إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل: إذا التزم شخص أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل وجب أن يكون ما التزم به معيناً. فإذا تعهد مقاول ببناء وجب أن يتعين هذا البناء أو وجب على الأقل أن يكون قابلاً للتعيين. وقابليته للتعيين ترجع إلى الظروف التي تستخلص منها نية طرفي الالتزام. فإذا التزم المقاول بأن يبني مستشفى أو مدرسة أو منزلاً للسكنى أو منزلاً للاستغلال أو نحو ذلك، فإن ظروف التعاقد يصح أن يستخلص منها العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب. أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أي نوع من البناء هو، كان المحل غير معين وغير قابل للتعيين، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه في حكم المعدوم.

٢٢٣– تعيين محل الالتزام في الشيء موضوع الحق العيني: وإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني على شيء، وجب كذلك أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين(1). وهنا يجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين.

فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة، فيوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة. فإذا باع شخص منزلا، وجب أن يبين موقع هـذا المنزل في أية جهة هو وأن يذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل الأخرى. وإذا باع أرضاً، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها. وإذا باع سيـارة معينـة بالذات، وجب أن يبين أية سيارة يبيعها وأن يذكر أوصافها المميزة. لاسيما إذا كان البائـع عنده أكثر من سيارة واحدة. وقد طبقت المادة ٤١٩ من القانون الجديد هذه القاعـدة في صدد عقد البيع، فنصت على أنه «يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفــه».

أما إذا كان الشيء غير معين بالذات، وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره، كأن يذكر مثلاً أن المبيع قطن من نوع الأشموني وأن مقداره عشرون قنطاراً. فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية

(1) النص في المادة ١/١٣٣ من القانون المدني على أنه «إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا» وفي المادة ١/٤١٩ منه على أنه «يجب أن يكون المشتري عالما بالبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه» يدل على أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء وجب أن يكون هذا الشيء معينا أو قابل للتعيين، فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة لطرفيه سواء بوصفه في العقد وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة أو بامكان استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النيه المشتركة للمتعاقدين وقت ابرام العقد ومن الكيفية التي تم بها تنفيذهما له.

(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٠ الطعن ١٤٤٠ لسنة ٥٢ق س٣٧ ص٥٧٨)

(جلسة ١٩٩٤/١/١١ الطعن ٢١٧٦ لسنة ٥٩ق س٤٥ ص١٢٩)

معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد فى العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة.

وكثيراً ما يترك تعيين المحل للمألوف أو للعرف، كما إذا قام متجر بتوريد سلعة لعميل له دون أن يبين الثمن، أو قام صانع بعمل دون أن يحدد أجره.

وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد، ففى هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن المدين، ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن الدائن[1].

٢ – تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً

٢٢٤ – تعيين النقود – العملة الورقية ذات السعر القانونى: إذا كان محل الالتزام نقوداً، وجب أن تكون هى أيضاً معينة بنوعها ومقدارها شأن أى محل للالتزام. فيلتزم المدين مثلاً أن يؤدى للدائن مقداراً معيناً من الجنيهات المصرية أو من القروش أو من الملاليم. وتقضى المادة ١٣٤، كما رأينا، بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر(I). ويترتب على ذلك أن المدين يلتزم بأداء المقدار المتفق عليه من النقود، سواء

(١) وقد يترك تعيين المحل لأجنبى كما إذا باع شخص عيناً بثمن يترك تقديره لحكم. فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزماً للمتعاقدين، وقام التزام المشترى على محل معين. أما إذا لم يقدره فلا يجوز للقاضى أن يقوم مقامه فى التقدير، لأن عمل المحكم لا يدخل فى مهمة القاضى، فيبقى الثمن غير معين، ويكون البيع باطلاً. ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحضة إذ يصبح المتعاقد الآخر تحت رحمته، إلا إذا كانت عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم.

هذا وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص يعرض لهذه المسائل هو المادة ١٨٥ من هذا المشروع، وقد جرت على النحو الآتى: «١– إذا ترك تعيين الشئ لأحد المتعاقدين أو لأجنبى عن العقد، فيجب أن يكون هذا التعيين قائما على أساس عادل. فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل، فيكون تعيين الشئ بحكم من القضاء. ٢– ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبى عن العقد ولمحض اختياره، فإن العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبى أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به فى وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل». وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص فى المشروع النهائى لأنه يعرض لحالات تفصيلية قليلة الأهمية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢١٥ – ص٢١٦ فى الهامش). وبعد حذف النص لم يعد هناك مجالا لاتباع أحكامه فيما خالفت فيه القواعد العامة التى تقدم ذكرها. أنظر أيضاً فى هذا الموضوع المواد ٣١٥ و٣١٧ و٣١٩ من القانون الألمانى، وعن هذه المواد اقتبس المشروع التمهيدى المادة ١٨٥ التى حذفتها لجنة المراجعة.

(I) مفاد نص المادة ١٣٤ من التقنين المدنى أنه إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر.

(جلسة ١٩٨٦/٣/٦ الطعن ٤٢٧ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٧٧/٧/٢٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ ص١٠٥٦)

ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت. فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين. وليس من اللازم أن يؤدى المدين النقود من النوع المنصوص عليه فى العقد، جنيهات أو قروشاً أو ملاليم، بل إن المدين يؤدى دينه عادة بنقد ذى سعر قانونى (cours légal) يساوى القدر المتفق عليه، فيؤديه عملة ورقية إذا تقرر لها سعر قانونى.

والأصل فى نظرنا أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانونى وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامى (cours forcé). فالسعر القانونى وحده كاف لجعل الدائن يستوفى حقه. ومهما يكن من خلاف فى هذه المسألة فإن الخلاف ليست له أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامى، فإن الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق فى أى وقت شاء.

٢٢٥– العملة الورقية ذات السعر الالزامى (شرط الذهب): فإذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامى ظهرت خطورة المسألة، لأن العملة الورقية ذات السعر الإلزامى تكون قيمتها الاقتصادية أقل من قيمتها القانونية، وتنقص هذه القيمة الاقتصادية كلما زاد التضخم. فإذا استوفى الدائن حقه ورقاً فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامى. وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولاً فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك. لهذا جرت العادة أن يشترط الدائن استيفاء حقه ذهباً، وهذا ما يسمى بشرط الذهب (clause d'or)، فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب (payable en or) أو بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or). فهل يعتبر هذا الشرط صحيحاً؟ نرى أن ذلك لا يجوز فى المعاملات الداخلية، وأن الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام، وأن العقد الذى تضمنه هذا الشرط يكون باطلاً كذلك إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد. ونحن فى هذا الرأى نتفق مع القضاء الفرنسى[1] ومع جمهرة من الفقهاء الفرنسيين[2]. ومما يؤيد ما نذهب إليه أن الغرض من تقرير السعر

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٨ – ١–٢٥ وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ – ١–٤١ (مع تعليق هيبير Hubert) – محكمة باريس الاستئنافية فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٥ – ٢–١١٥ – وفى ١٣ أبريل ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٦ –٢–١٠٥.

(٢) أوبرى ورو الطبعة الخامسة ٤ ص٣١٨ – ص٣٦٠ – كابيتان فى داللوز الأسبوعى سنة ١٩٢٦ باب المقالات ص١ وص١٧ وص٣٣، وسنة ١٩٢٧ ص١، وسنة ١٩٢٨ ص٥٣ – ديموج فى مقال له فى جريدة موثقى العقود (Journal des notaires) سنة ١٩٢١ ص١٣٧، وسنة ١٩٢٣ ص٩٧ – جيز فى مقال له فى مجلة العلم والتشريع المالى (Revue de science et de législation financières) سنة ١٩٢٤ ص٥ – ليون كان فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٠ –١–١٩٣– سافاتييه جازيت داللوز ١٩٢٤ ص٨٩ وتعليقه فى داللوز ١٩٢٦ –٢–٨٩ و١٠٥ و١٥٣ وسنة ١٩٢٧ –٢–١٥٣ و١٥٦ – بلانيول وريبير وجابولد ٢ فقرة ١١٦٨. على أن كثيراً من الفقهاء يذهبون إلى عكس هذا الرأى ويقولون بصحة شرط الذهب حتى فى المعاملات الداخلية (بودرى =

الإلزامى هو إعطاء الورق قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب، فيتعدم الفرق بين الورق والذهب فى نظر القانون، ويجب أيضاً أن يتعدم فى نظر الأفراد، لأن القانون إنما أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد فى البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتهـا.

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسى إنما يبطل «شرط الذهب» فى المعاملات الداخلية فى فرنسا. أما فى المعاملات الخارجية، وهى التى تقتضى خروج العملة من فرنسا أو دخولها فيها، كما إذا صدر تاجر فى فرنسا بضاعة إلى الخارج أو استورد بضاعة من الخارج، وكما إذا عقدت دولة قرضاً فى أسواق أجنبية، فإن «شرط الذهب» يكون صحيحاً. وذلك لأنه إذا استطاع القانون الفرنسى أن يعتبر قيمة العملة الورقية معادلة لقيمة الذهب فليس هذا التعادل إلا اعتبارياً، ولا يستقيم هذا الاعتبار إلا فى المعاملات الداخلية حيث ينبسط سلطان المشروع ويصبح الأخذ باعتباره واجباً. أما فى المعاملات الخارجية

=وبارد ٢ فقرة ١٤٧٥ – ديبويش (Dupuich) فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٠ –١–١٣٧ – جنى فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٢٦ ص٥٥٧ وسنة ١٩٢٨ ص٥ – لالو (Lalou) فى تعليقه فى داللوز سنة ١٩٢٤ –٢–١٧ و٩٧ – وسنة ١٩٢٦ –٢–٦٩ و٩٥ – ماتر (mater) فى مجلة قانون البنوك (Revue de droit bancaire) ١ ص١٩٣ وص٢٨٩ و٢ ص١٩٣ – جوسران ٢ فقرة ٨٥٩).

وهذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً فى هذه المسألة هو المادة ١٨٧ ، وقد جرت بما يأتى: «ومع ذلك إذا تقرر سعر إلزامى للنقد الورقى فلا يجوز الاتفاق على الوفاء بالنقود المعدنية أو بالنقود المصرية محسوبة بسعر الذهب، ولكن يجوز الاتفاق على أن يكون الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها». وفى هذا النص تحريم لشرط الذهب. وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «ولهذا يعتبر اشتراط الدفع بالذهب أو على أساس قيمة الذهب باطلاً فى حالة تقرير سعر إلزامى (حتى فى المعاملات الدولية: المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ – قارن القانون الفرنسى فى ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨ التقويم السنوى للتشريع الفرنسى سنة ١٩٢٨) ويترتب على بطلان الشرط بطلان العقد بأسره إذاكان الشرط هو الدافع الحافز على التعاقد. ومع ذلك فيجوز الاتفاق على أن يتم الوفاء بنقود أجنبية تحتسب بسعر قطعها إذا كان الدين قد عقد بنقد أجنبى. وليس فى هذا مساس بنص فى القانون لأن النقد الأجنبى ليس له سعر إلزامى أصلاً. ثم إن العدل يقضى من ناحية أخرى بان يتم الوفاء فى المعاملات الدولية على أساس سعر القطع الذى يمثل العلاقة بين النقد الوطنى والنقد الأجنبى». وقد حذفت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى فى المشروع النهائى لأنه يقرر حكما فى مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص – (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢١٨ – ص٢١٩ فى الهامش وص٢٢٠ – ص٢٢١). وسنرى فيما يلى أن هذا القانون الخاص الذى تركت المسألة لحكمه هو المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥، ويبطل هذا القانون شرط الذهب حتى فى المعاملات الخارجية (الدولية). ويغلب أن تترك التقنينات مسألة التعامل بالنقود الأجنبية إلى تشريعات خاصة. وقد نصت المادة ١٣٥ من القانون المدنى السورى الجديد على: «إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر، ما لم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبى».

فالذهب وحده هو العملة الثابتة، ولا ينفذ اعتبار المشرع فى غير بلده، وكل اتفاق يشترط الوفاء بالذهب يكون إذن مشروعاً(١).

٢٢٦ – شرط الذهب فى القانون المصرى: أما فى القانون المصرى فقد مر القضاء بمرحلتين:

(المرحلة الأولى) فى ظل المرسوم (القانون) الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤. وقد قضى هذا المرسوم بأن يكون للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى قيمة الذهب – وهذا هو السعر القانونى – وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب – وهذا هو السعر الإلزامى – وبأن ما يدفع من تلك الأوراق (لأى سبب وبأى مقدار) يكون دفعاً صحيحاً وموجباً لبراءة الذمة كما لو كان الدفع حاصلاً بالعملة الذهبية، بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط أو الاتفاقات الحاصلة أو التى تحصل بين أصحاب الشأن، أى سواء كانت هذه الشروط أو الاتفاقات موجودة قبل صدور المرسوم أو وجدت بعد ذلك. والنص كما نرى صريح فى أن شرط الذهب باطل إطلاقاً، ولم يميز المرسوم فى ذلك بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية، بل إن هذا التشريع جعل له أثر رجعى، فهو يبطل شرط الذهب فى عقد تم قبل صدوره كما يبطله فى عقد تم بعد صدوره.

ولكن بالرغم من صراحة النص انقسم القضاء المصرى فى شأن شرط الذهب. فبعض الأحكام قضى ببطلانه، وبعض قضى بصحته، وبعض جرى على نهج القضاء الفرنسى فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلا والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحا(٢).

(المرحلة الثانية) وبقى القضاء المصرى يواجه شرط الذهب مضطرباً غير مستقر حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥. وقد أراد المشرع المصرى بهذا القانون أن

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ –١–٤١ وفى ٣ يونيه سنة ١٩٣٠ داللوز ١٩٣١ –١–٥ وفى يولية سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٥–٤٥٧ – وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (Sem.Jur) ١٩٤٣ فقرة ٢٦٧٠ – محكمة بوردو الاستئنافية فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٣ –٢–٦– محكمة باريس الاستئنافية فى ١٦ أبريل سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٦–٢–١٠٥ – وفى ٩ يولية سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ –٥٣٧ – وفى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ –٩– محكمة بيزانسون الاستئنافية فى ١٩ يناير سنة ١٩٣٩ سيريه ١٩٢٩ –٢–٥٥. هذا وقد أيد المشرع الفرنسى وجهة نظر القضاء فى هذا الموضوع فنص صراحة على اعتبار شرط الذهب صحيحاً فى المعاملات الخارجية (أنظر قانون ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨ وقانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧). أنظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وجابولد ٢ فقرة ١١٨٠ وفقرة ١١٨٥ – جوسران ٢ فقرة ٨٦٠ مكررة – كولان وكابيتان الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ فقرة ٤٩٢.

(٢) أنظر فى معنى البطلان محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص١١٢ – وفى معنى الصحة محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٤ يناير ١٩٢٣ م٣٥ ص١٨٢ – وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٢٥٦ – وفى ٩ مارس سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٢٩١ – وفى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٥٣ – وفى معنى التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية محكمة =

يحسم ما نشب من خلاف في تفسير المرسوم الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بصدد المسألة التي قام فيها الخلاف الجوهري، وهي قيمة شرط الذهب في المعاملات الخارجية أو المعاملات ذات الصبغة الدولية. ذلك لأن المعاملات الداخلية لم يقم في شأنها خلاف جدي، إذ كان واضحاً أن شرط الذهب يجب أن يكون باطلاً في هذه المعاملات. وكذلك يجب أن يكون باطلاً في المعاملات الخارجية، وقد صرح بذلك قانون سنة ١٩٣٥، لأن النص الذي ورد في مرسوم سنة ١٩١٤ في بطلان هذا الشرط عام مطلق لا يميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية كما قدمنا. وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٣٥ في هذا الصدد ما يأتي: «... ذلك أنه يوجد نص صريح لا يحتمل أي تفرقة بين العقود التي يسري عليها حكمه، وليس ذلك لأن النص عام فحسب، بل هو فوق ذلك صريح قاطع... فالدفع أيا كان نوعه حتى لو كان سببه التزاماً دولياً داخل بلاشك في عموم هذا النص. وليس من سبيل مع مثل هذا النص الذي حدده فيه الشارع مقاصده بكل جلاء ووضوح للأخذ بقضاء المحاكم الفرنسوية وقد بني على اعتبارات خاصة بفرنسا مستمدة من أحوالها الاقتصادية. وذلك هو المعنى والمغزى الصحيح لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤، ولنفس من شرع حكم ذلك المرسوم أن يزيد مقاصده وضوحاً فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية، وألا يدع أي شك يحوم حول تطبيق القاعدة التي أتى بها مرسوم سنة ١٩١٤ والتي تقرر أمراً من أمور النظام العام، على ذلك النوع من الاتفاقات، عملا بنص المرسوم المذكور وروحه، وأخذاً بما اقتضته وتقتضيه مصلحة البلاد العامة(١)».

=الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٣٥ – وفي ١٣ يونية سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٣٣١.

وكانت بعض المحاكم الكلية المختلطة تجزئ أحكام مرسوم سنة ١٩١٤، ففيه حكمان وهما اللذان يقرران السعر القانوني والسعر الإلزامي لأوراق البنك الأهلي ينفذان على الأجانب دون حاجة لموافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة، لأنهما صدرا من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة، وأما الحكم الثالث وهو الذي ينص على بطلان شرط الذهب فلا ينفذ على الأجانب في رأي هذه المحاكم لأنه لم يصدر من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة، وهو يتناقض مع المادة ١٤٩ من القانون التجاري المختلط التي تقضي بأن وفاء الكمبيالة يكون بالعملة التي تذكر فيها، ولم توافق عليه الجمعية التشريعية. أنظر في أحكام المحاكم المختلطة في هذا المعنى محكمة اسكندرية الكلية في ٢١ مارس سنة ١٩٣٩ جازيت ٢٣ ص٢٥٥ – وفي ٤ أبريل ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص٢٥٦ – محكمة مصر الكلية في ٨ يونية سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص٢٥٧ – وفي ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص٢٦٢ (قضية الدين العام). ومع ذلك أصدرت محكمة اسكندرية الكلية المختلطة في ٣ مارس سنة ١٩٣٤ حكماً قضت فيه بأن مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ يدخل في أعمال السيادة وذلك في جميع أحكامه ورتبت على ذلك أن شرط الذهب يكون باطلاً (أنظر في هذا الحكم وفي غيره من أحكام أخرى نظرية العقد للمؤلف ص٥١٥ حاشية رقم ١).

(١) وقد ورد في صدر المذكرة الإيضاحية تفنيد للأحكام المصرية التي تقضي بالتمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ننقله فيما يلي: «اتفق لبعض الأحكام في سياق بحثها في تطبيق مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ على الاتفاقات الداخلية (تلك التي تنشأ ويكون الوفاء بها في القطر المصري) =

ويتبين من ذلك أن قانون سنة ١٩٣٥ أراده المشرع أن يكون قانوناً تفسيرياً يسري على الماضي. وهو يتضمن النص الآتي: «تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون

= أن تشير – عرضاً ودون أن تقيم الدليل على رأيها – إلى أن أحكام ذلك المرسوم لا تسري على الاتفاقات ذات الصبغة الدولية. وذهبت أحكام أخرى في دعاوى قائمة بالذات على هذا النوع الأخير من الاتفاقات إلى أن مدى تطبيق المرسوم المذكور لا يتعدى حدود الديار المصرية، وإلى أنه إذا صح تطبيقه على أحوال الوفاء داخل القطر فإنه لا يعفي المدين حيث يكون الوفاء في الخارج من دفع دينه ذهباً. ومن أجل ذلك تنكر تلك الأحكام أن يكون لأوراق البنكنوت سعر رسمي إلزامي حتى في داخل القطر المصري إذا كان الوفاء تنفيذاً لاتفاقات ذات صبغة دولية لأن في ذلك إضراراً بليغاً بالدائنين الذين يقتضون ديونهم في القاهرة أو في الإسكندرية، ولأنه يترتب عليه تفرقة غير مقبولة في المعاملة بين الدائنين. وواضح أن الأحكام المشار إليها تستمد التمييز بين نصوص الاتفاقات من القضاء الفرنسوي، وإنما جاز ذلك التعبير في فرنسا لعدم وجود حكم تشريعي يقضي ببطلان شرط الدفع ذهباً، ولأن بطلان هذا الشرط لم ينتج لا من أن أوراق البنكنوت جعل لها سعر إلزامي إلى جانب سعرها الرسمي، فكان للمحاكم مطلق الحرية في تحديد مدى بطلان شرط الدفع ذهباً مستوحية في ذلك أسباب النظام العام القومي وحدها. ورغما من الحملات المتكررة التي حملها بعض الفقهاء على أحكام القضاء في هذا الشأن فإن المحاكم لم تلق صعوبة في الحكم ببطلان شرط الدفع ذهباً في الاتفاقات الداخلية، على أن سيرتها كانت غير ذلك بالنسبة للاتفاقات ذات الصبغة الدولية. وقد حاولت المحاكم الفرنسوية أول الأمر (راجع حكم محكمة النقض والإبرام الصادر في ٢ يونيه سنة ١٩٢٠) اعتبار شرط الدفع هباً باطلاً إذا كان المدين فرنسويا وصحيحاً حيث يكون من شأن وفاء الأجنبي بدينه دخول الذهب في فرنسا. ولكنها انتهت إلى اعتماد صحة شرط الدفع ذهباً في العقود ذات الصبغة الدولية إطلاقاً. ويرى بعض الشراح أن المذهب الأخير لا يختلف عن المذهب الأول في تحقيق المصالح القومية إذا كانت فرنسا دائنة للبلاد الأجنبية غير مدينه. وقد أيد قانون تثبيت النقد الصادر في سنة ١٩٢٨ قضاء المحاكم بأن استثنى الديون الدولية المشروط دفعها ذهباً بقيمة الفرنك الحديد، ولولا النص صراحة على هذا الاستثناء لانسحب حكم ذلك القانون على الديون الداخلية والدولية على السواء. على أنه بالرغم مما لقضاء المحاكم الفرنسوية من قوة السند والحجة فإن التفرقة بين هذين النوعين من الوفاء (ولم يحاول أحد بناءها على أساس قانوني مقبول) غير مسلمة في جميع البلاد. فالمحاكم الإنجليزية الثلاث التي نظرت في دعوى شركة «التعاون البلديات البلجيكية للكهرباء» قضت اثنتان منها (المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية) ببطلان شرط الدفع ذهباً، وقضى مجلس اللوردات بصحة الشرط المذكور، دون أن يجعل أي تلك الأحكام الثلاثة للصبغة الدولية للاتفاق أي شأن فيما ذهب إليه من الصحة أو البطلان، ثم إن قانون النقد الإنجليزي ينطبق على وتيرة واحدة على العقود الداخلية والدولية. وفي إيطاليا من جهة أخرى كان قد صدر قانون في أول مايو سنة ١٨٦٦ يقضي على الحكومة والأفراد بقبول التعامل بأوراق البنكنوت (وكان لها سعر إلزامي) بقيمتها الإسمية كما لو كان لها نفس القيمة الفعلية للمسكوكات ولو نص العقد على خلاف ذلك. وظل ذلك القانون معمولاً به حتى سنة ١٨٨١، ولم تكن محاكم إيطاليا تفرق في تطبيق هذا القانون بين العقود تبعاً لوصفها بأنها داخلية أو دولية، وكانت تقضي ببطلان ما تضمنته الاتفاقات الدولية من شروط الدفع ذهباً. وفي مصر يحكي نظام أوراق البنكنوت من حيث سعرها الرسمي والإلزامي ما هو حاصل في وقتنا هذا بأمريكا وبين سنتي ١٨٦٦ و١٨٨١ في إيطاليا. ذلك أنه يوجد نص صريح لا يحتمل أي تفرقة بين العقود التي يسري عليها حكمه...» (مجموعة القوانين والمراسيم والأوامر الملكية لسنة ١٩٣٥ ص١٧٣ – ص١٧٥).

الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولاً قانوناً فى مصر (الفرنك والجنيه التركى)، ولا يترتب عليها أى أثر. ولا يجرى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى المعاهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو التلغراف أو التليفون».

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء[1].

ولا يزال هذا القانون سارياً إلى اليوم، لأن القانون المدنى الجديد لم يعرض لهذه المسألة، بل تركها للتشريعات الخاصة باعتبارها من المسائل الاقتصادية المتغيرة[2]. وقانون سنة ١٩٣٥ هو التشريع الخاص الذى لا يزال قائماً والذى يرجع إليه فى بطلان شرط الذهب، دون تمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية[1].

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٤٣. وقد قضت هذه المحكمة فى حكم آخر (٣١ مارس سنة ١٩٣ م٥٠ ص٢٠٣) بأن بطلان شرط الذهب والشروط المماثلة فى عقد لا يستتبع بطلان العقد كله أو بطلان الشروط الأخرى التى اتفق عليها المتعاقدان وتلاقت عندها إرادتاهما فى صدد طريقة وفاء الدين ومواعيد الوفاء والفوائد وغير ذلك. وحيث يكون شرط الذهب ممنوعا فإنه يكون باطلاً سواء كان صريحاً أو ضمنياً، فيكون إذن باطلاً كل شرط – أيا كانت صورته – أملاه اعتبار يرجع لعدم الثقة فى العملة الوطنية، وبخاصة الشروط التى تخير بمقتضاها المتعاقد بين أنواع العملة وشروط الدفع بعملة أجنبية. وأن المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ نبذ على وجه قاطع التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية. وإذا كان شرط الذهب المتفق عليه فى عقد قرض باطلا، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسئولية التقصيرية وبدعوى الغش بمبلغ يساوى ما خسره من جراء نزول الجنيه المصرى، فإن ذلك يكون تحايلا منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب – ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صح الشرط، ووجب الدفع بهذه العملة: ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٤٢ – ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٣.

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٢٢٥ فى الهامش) أن المشروع التمهيدى تضمن نصاً (م١٨٧) يحرم شرط الذهب ولكنه يبيح فى الوقت ذاته شرط الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها. وقد حذف النص فى المشروع النهائى لأنه يقرر حكماً فى مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص. وكانت مزية هذا النص أنه يحسم الخلاف فى صحة شرط الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها. والآن وقد حذف النص فإن الخلاف فى صحة هذا الشرط يبقى قائماً، وقد رأينا تضارب أحكام القضاء المختلط فى هذه المسألة.

(1) التشريع الخاص بشرط الذهب فى مصر – وهو ما صدر بشأنه الأمر العالى فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض السعر الالزامى للعملة الورقية ثم المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى نص على بطلان شرط الذهب فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية – تتعلق أحكامه بالنظام العام، ومن مقتضى تلك الأحكام بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على السواء وهو أمر راعى فيه المشرع المصلحة العامة المصرية. ومن ثم فإنه لا يمكن القول بان انضمام مصر إلى اتفاقية فارسوفيا بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ من شأنه التأثير فى هذا التشريع الخاص بما يعد الغاء له أو استثناء من بطلان شرط الذهب يضاف إلى الاستثناءات الواردة فيه على سبيل =

المبحث الثالث
المحل قابل للتعامل فيه
(dans le commerce)
(النظام العام والآداب)

٢٢٧ – متى يعتبر الشئ غير قابل للتعامل فيه: يكون الشئ غير قابل للتعامل فيه، فلا يصلح أن يكون محلا للالتزام، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأبى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

فالشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد، كالشمس والهواء والبحر. ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته[1].

وقد يصبح التعامل ممكناً فى هذه الأشياء من بعض النواحى، فأشعة الشمس يحصرها المصور (الفوتوغرافى)، والهواء يستعمله الكيمائى فى أغراضه، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلا للامتلاك. فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحى الخاصة، وتصلح إذن أن تكون محلا للالتزام.

وقد يكون الشئ غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى خصص له. فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه. والمال الموقوف، يجعل ريعه لسلسلة من المنتفعين، يقتضى ألا يجوز التصرف فيه مادام وقفاً. وعدم القابلية للتعامل هنا نسبى. فالملك العام إذا كان لا يصلح محلا للتصرف فإنه يصلح محلاً للإيجار، كما فى شغل جزء من الطريق العام أو منح رخصة لإقامة حمامات أو «كابينات» على شواطئ البحار. والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره. والضابط فى كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع إلى الغرض الذى خصص الشئ له، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز، أما التعامل الذى لا يتنافى معه فهو جائز.

وقد يكون الشئ غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع. وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب. على أن نص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشئ يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هى ذاتها إلى النظام العام

= الحصر وعلى ذلك فلا يعتد بالشرط الوارد فى اتفاقية فارسوفيا الذى يقضى باداء التعويض بما يعادل قيمة الذهب المبينة له من العملة الوطنية إذ ان شرط الوفاء بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهبا ليس إلا تحايلا على القانون الذى فرض للعملة الورقية سعرا الزاميا ولا جدوى من إبطال شرط الدفع بالذهب إذا لم يتناول البطلان هذه الصورة.

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ الطعن ٣٦٦ لسنة ٣٣ق س١٨ ص٩٠٨).

(جلسة ١٩٦٠/٢/١١ الطعن ٩٥ لسنة ٢٥ق س١١ ص١٢٦)

(١) أما إذا كان الشئ يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له، فهو مال مباح، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه.

أو الآداب. فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو في الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أولهما معاً. ووجد النص دليل على عناية المشرع بالأمر فآثر أن يورد له نصاً. أو هو إيضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للغموض، كالنص الذى يحرم التعامل في التركة المستقبلة. أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده، كما حدد الربا الفاحش. أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه، كما حظر المشرع المصرى الاتجار في الحشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء. فيمكن القول إذن أن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد. وتقرر المادة ١٣٥ من القانون المدني الجديد هذه القاعدة العامة في العبارات الآتية: «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا»[١]. فلا يجوز إذن أن يكون الشئ المخالف للنظام العام أو الآداب محلا للالتزام؛ ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب.

فإذا عرفنا النظام العام والآداب أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين في القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وأمكن أيضاً أن نقرر حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشئ مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام. وهذا ما نتولى الآن بحثه.

٢٢٨ – النظام العام والآداب[*] L'ordre public et les bonnes moeurs:
القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هى قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم[1]، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة. ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ١٨٨ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى: «يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب». وفي لجنة المراجعة عدل النص لإدماج الحكم القاضى ببطلان العقد، فأصبح مماثلاً للنص الذى انتهى إليه القانون الجديد، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم ١٣٩. ووافق مجلس النواب عليه تحت الرقم ذاته. ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٣٥، وكذلك وافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٢ – ص٢٢٤).

(*) **بعض المراجع**: بارتان (Bartin) في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب – سافاتييه (Savatier) آثار الواجب الأدبى وجزاؤه (رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦) – مارميون (Marmion) في قوانين النظام العام (رسالة من باريس سنة ١٩٢٤) – ريبير (Ripert) في القاعدة الخليقة في الالتزامات – تشافداروف (Chavdaroff) في الآداب (رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧).

(1) لا شبهة في اتصال قاعدة عدم تملك الاجانب للأراضى الزراعية، وما في حكمها في جمهورية مصر العربية بالنظام العام فيسرى حكمها بأثر مباشر على محل من يمتلك من الأجانب وقت

المذاهب الفردية، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد، فلا تتدخل الدولة في شؤونه، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً، فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعى اتسعت دائرة النظام العام، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد، وتتولى حماية الضعيف ضد القوى، بل هى تحمى الضعيف ضد نفسه، كما رأينا ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال. ولا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى، فهو شئ متغير، يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة «مصلحة عامة». ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد «النظام العام» تحديداً مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان، لأن النظام العام شئ نسبي. وكل ما نستطيعه هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار «المصلحة العامة»، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدى إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى[١]. والآداب، في أمة معينة وفي جيل معين، هى مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبى يسود علاقاتهم الاجتماعية. وهذا الناموس الأدبى هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس. وللدين أثر كبير في تكييفه. وكلما اقترب الدين

= العمل بهذا القانون في ١٩ يناير سنة ١٩٦٣ أرضا زراعية، كما يسرى هذا الحظر في المستقبل.
(جلسة ١٩٧٢/٣/٢٨ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ٢٣ ص٥٣٣)
(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٥ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ١٩ ص١٩٦٥)
(جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ١٥ ص٥٧٧)

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «ويلاحظ أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً. وقد بلغ من أمر مرونتها أن عمد التقنين الألماني إلى إغفال النص عليها عند صياغة المادة ١٣٨. فعلى أثر مناقشات هامة عنيفة جرت بوجه خاص في مجلس الريشستاج انتهى الأمر إلى استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر العقد المخالف للآداب وللنظام العام كذلك. وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تنطوى على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة؛ من بينها أن القاضى ربما أباح لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبنيها على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة التشريع العامة أو على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الدينية. وقد دافع الحزب الاشتراكى بكل قوته عن النص المقرر لفكرة النظام العام. وكان يرمى من ذلك إلى اعتبار كل عقد لا يتفق ومبادئ حماية الطبقة العاملة مخالفاً للنظام العام. على أن هذه النتائج بذاتها هى التى جعلت غالبية أعضاء الريشستاج تنفر من النص المقرر للنظام العام ومن كل معيار نظرى، وترغب في وضع معيار عملى بحت قوامه العرف والمبادئ المستقاة من الآداب العامة. وعلى هذا النحو لا تكون الاتفاقات التى أشار إليها الحزب الاشتراكى باطلة طبقاً لمذهب من المذاهب الاشتراكية وانما بناء على التيار الإجتماعى للآداب العامة (تعليقات على التقنين الألمانى الجزء الأول ص١٥٤ – ص١٥٥). ومهما يكن من أمر فليس في الوسع نبذ فكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك اطراح ما توطد واستقر من التقاليد. وقد رؤى من الواجب أن يفرد مكاناً لهذه الفكرة في نصوص المشروع لتظل منفذاً رئيسياً تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانونى لتبث فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة. بيد أنه يخلق بالقاضى أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعى محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب. فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فردياً خاصاً». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٣).

من الحضارة، كلما ارتفع المعيار الخلقي، وزاد التشدد فيه. ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة. فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك، بل في الصميم منه، ميزان إنساني يزن الحسن والقبيح، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له، ولو لم يأمرهم القانون بذلك. ومعيار الآداب أو «الناموس الأدبي» ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي، بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة. فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى، كالتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعرى، أصبحت الآن ينظر لها نظر آخر. وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب، كالاسترقاق وادخال المهربات في بلاد أجنبية، وكانت من قبل غير ذلك[1].

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة. وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما تواضعوا عليه من آداب، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية. كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره، فالقاضي يكاد إذن يكون مشروعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة[2]. ونحن في العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية، ونشهد من ناحية أخرى تأثر القانون المضطرد بالعوامل الخلقية، حتى صح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية في القانون (socialisation et moralisation du droit)[3]. على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور هما:

(أولاً) فكرة المعيار، فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة، ومعيار الآداب هو الناموس الأدبي، وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان.

---

(١) وقد يستعين القانون على جعل القواعد الخلقية تتدخل في الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبيعي. فالاعتراف بالجميل قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالاً، لا تكرما منه بل اعترافا بجميل عليه، فالقانون يعد هذا وفاء لالتزام طبيعي وليس تبرعا. فالقانون إذن قد ينهى بطريق غير مباشر عما تنهى عنه الأخلاق مباشرة، بأن يجعل الاتفاق المخالف للآداب باطلاً، وقد يأمر، بطريق غير مباشر أيضاً، بما تأمر به الأخلاق مباشرة، بأن يجعل هذا الذي تأمر به التزاماً طبيعياً في ذمة المدين.

(٢) ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون، تخضع لرقابة محكمة النقض.

(٣) ومما هو جدير بالذكر أنه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ. وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام والآداب.

(وثانيا) فكرة النسبية، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والاداب إلا في امه معينه، وفي جيل معين.

وخير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك، فنستعرض اتفاقات تخالف النظام العام، وأخرى تخالف الآداب، في عصرنا الحاضر.

المطلب الأول
الاتفاقات التي تخالف النظام العام

٢٢٩- روابط القانون العام وروابط القانون الخاص: حاول بعض الفقهاء حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع، فإن النظام العام يدخل دون شك في روابط القانون الخاص، ولا يقتصر على دائرة القانون العام. وقد أريد التمييز في روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط المعاملات المالية، فالأولى تعتبر من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك، وهذه أيضاً نظرة ضيقة للنظام العام، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة كما يتبين ذلك من التطبيقات التي سنوردها.

١- روابط القانون العام

٢٣٠ - أنواع هذه الروابط: القانون العام ينظم روابط الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض. وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية.

ويشمل القانون العام فيما يشمله: (١) القواعد الدستورية والحريات العامة. (٢) النظم الإدارية والمالية. (٣) النظام القضائي. (٤) القوانين الجنائية. ونورد أمثلة لكل فرع من هذه الفروع.

٢٣١- القواعد الدستورية والحريات العامة: فالقاعدة الدستورية التي تقرر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام، ولا يجوز لمرشح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل، كما لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته، وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لمخالفته للنظام العام. كذلك النائب في هيئة تشريعية حر في تكوين رأيه في المسائل التي تعرض على الهيئة التي ينتمي إليها، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق على أن يجعل صوته لرأي معين، كما لا يجوز له النزول عن عضويته.

والحريات العامة التي قررها الدستور هي أيضاً من النظام العام، وذلك كالحرية الشخصية، وما يتفرع عنها من حرية الإقامة، وحرية الزواج، وحرمة النفس والحرمة الأدبية، وحرية الدين والاعتقاد، وحرية الاجتماع، وحرية العمل والتجارة.

فلا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية (أنظر المادة ٤٩ من القانون المدني الجديد). ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة المخدوم، فإذا كان

عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من القانون المدنى الجديد).

وتنص المادة السابعة من الدستور على أنه «لا يجوز إبعاد مصرى من الديار المصرية. ولا يجوز أن يحظر على مصرى الإقامة فى جهة ما ولا أن يلزم الإقامة فى مكان معين إلا فى الأحوال المبينة فى القانون». ومع ذلك يجوز أن يتقيد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك، كما يجوز أن يتعهد شخص بعدم الإقامة فى جهة معينة إذا وجد مبرر قوى لهذا التعهد. وفى الحالتين يكون جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا التنفيذ العينى.

وحرية الزواج من النظام العام. فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقاً، كان هذا التعهد فى الأصل باطلا، كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق ألا تتزوج أصلاً. ومع ذلك قد يكون العهد صحيحاً إذا وجد سبب مشروع يبرره، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج أن يكفل لهم رعاية أمهم بعد موته. وإذا كان التعهد صحيحاً، فلا يكون جزاء الإخلال به بطلان الزواج، بل يدفع المتعهد تعويضاً عن إخلاله بالتزامه، ويغلب أن يكون الجزاء هو حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التى أعطيت له أو من المعاش الذى رتب له. وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين، فهو غير مقيد بتعهده، ويجوز له العدول عن هذه الخطبة أو عن هذا التعهد، ولا يكون مسئولا بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة فى وقت غير لائق أو لارتكابه خطأ.

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها. فيكون باطلاً كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة، كالاتفاق على المبارزة أو الملاكمة أو المصارعة، وإن كان هناك ميل فى الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد فى الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأى العام عنها. وكحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها. فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبى فى إدخال ما يراه من التعديل على تأليفه، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية فى مؤلفه.

ويكون باطلا كل اتفاق يقيد من حرية الشخص فى اعتناق الدين الذى يختاره، وكل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير.

ولكل شخص الحق فى أن يجتمع مع غيره، فى هيئة أو جماعة، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات مادام الغرض الذى تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً. وأكثر ما يطبق هذا المبدأ فى حالة نقابات العمال، فلكل عامل الحق فى الانضمام إلى النقابة التى يختارها، وهو حر كذلك فى ألا ينضم إلى نقابة ما. على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد

صاحب العمل بمقتضاه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضما إلى نقابة، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما فى أن يبقى بعيداً عن النقابات(١).

ولكل شخص الحرية الكاملة فى اختيار العمل الذى يتخذه حرفة له وفى القيام بما يشاء من أنواع التجارة. ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضى بهذا الحرمان. وأكثر ما تردد القيود الاتفاقية على حرية التجارة والعمل فى عقود بيع المتاجر وفى عقود العمل. فإذا باع صاحب المتجر متجره، فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصى بمقتضى عقد البيع ذاته. ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجراً آخر ينتزع به عملاء المتجر القديم، وإلا كان متعرضاً للمشترى ووجب الضمان. ولكن المشترى لا يكتفى عادة بهذا الضمان الذى يقرره القانون، بل يشترط فى عقد البيع أن يكف البائع عن العمل فى هذا النوع من التجارة. كذلك كثيراً ما يشترط صاحب العمل على من يستخدمه فى عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول، فيأمن بذلك على أسرار الصنعة أن يستغلها العامل فى منافسته بعد أن يكون قد ألم بها عنده. فإذا تعهد شخص بألا يعمل فى تجارة معينة أو يلتحق بعمل معين، فقد قيد بذلك من حريته فى التجارة والعمل. وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام(1). وكان القضاء فى فرنسا وفى مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان. أما إذا قيد بزمان، كأن يتعهد الشخص أن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة، أو بمكان، كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة فى مكان معين، كان التعهد صحيحا(٢). تم بدا ميل من جانب القضاء

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٦ داللوز ١٩١٦-١-٢٤٧ وسيريه ١٩٢٠-١-١٧ مع تعليق بنكاز - أنظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٤٨.

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ٢ يولية سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤-١-١٧٥ - حكم ثان فى ١٤ مارس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤-١-٤٤٤- حكم ثالث فى ١٥ يونية سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٢-١-٢٠٠.

وانظر محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٢٠ ص٢٥٠- محكمة بنى سويف فى ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩٥ ص١٨٤ - محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٥ ص٦٥٥، محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م١٤ ص٤٦ - وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م٣٤ ص٤٢ - وفى ٢ فبراير سنة ٩٣٣ م٤٥ ص١٥٦.

(1) ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى انتفاعه بالمتجر والامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صوره ومنها حظر التعامل مع العملاء، لا يكون باطلا إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون فى هذه الحالة مخالفا لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام، أما إذا كان الشرط محدداً من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولاً وهو ما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فانه يكون صحيحا.

(جلسة ١٩٦٢/٦/٧ الطعن ٣٨٧ السنة ٢٦ق س١٣ ص٧٦٤)

(جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ الطعن ٦٢ لسنة ٢٥ق س١٠ ص٥٠٥)

(جلسة ١٩٥٦/٣/٨ مجموعة المكتب الفنى للنقض س٧ ص٢٩١)

إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرن بها، فلا يكون المدار فى الصحة والبطلان أن يتقيد التعهد بزمان أو بمكان أو لا يتقيد، بل المهم أن يكون التعهد معقولاً (raisonnable) لا تعسف فيه. ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد فى الزمان أو فى المكان، ويكون التعهد باطلاً إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً فى الزمان وفى المكان. فالعبرة إذن بمعقولية التعهد لا بتقييده(١). وقد جاء القانون المدنى الجديد مؤيداً هذا المعيار المرن، فاشترط لصحة القيد أن يكون مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضرورى لحماية مصالح رب العمل المشروعة (م٦٨٦)، وإذا اتفق على شرط جزائى فى حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان فى الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء فى خدمة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلاً وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة فى جملته (م٦٨٧)(٢).

٢٣٢ – النظـم الإدارية والمالية: كذلـك النظم الإدارية والمالية تحقق مصلحة عامة، فهى إذن من النظام العام. ولا يجوز للأفـراد، باتفاقات خاصة، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة.

فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر، على أن الوظيفة ذاتها شئ لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلا لتصرف ما. كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته، سواء رمى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها. وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته، كأن يتعاقد على شئ متصل بأعمال الوظيفة فيجنى من وراء ذلك ربحاً، يكون عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام. وليس الأمر مقصوراً على الموظف، فكل وسيط يبذل وساطته فى نظير مقابل

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ مايو سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٣ –١–٢٥٣– محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٦٠ – وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م٣٤ ص٤٢ – وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص١٦٢ رقم ١٤٦ – محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٤٢٩ ص٧٩٠.
وانظر فى هذا الموضوع رسالة لنا باللغة الفرنسية فى القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل – ليون سنة ١٩٢٥ – وأنظر أيضاً لاباتى (Labatut) فى القيود الاتفاقية الواردة على حرية التجارة والصناعة والعمل فى القضاء الفرنسى – تولوز سنة ١٩٢٨.

(٢) ولكن التصرف فى العملاء يجوز على النحو الآتى: يتعهد طبيب مثلا ألا يباشر مهنة الطب فى جهة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد – وهو الدائن فى هذا التعهد – لعملائه على اعتبار أنه خليفته، ويصحب هذا التعهد فى الغالب تنازل من الطبيب القديم إلى الطبيب الجديد عن إيجار المكان الذى جعل فيه «عيادته». (أنظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص٥٠٣ هامش رقم ٢).

يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم النزاهة فى الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع، ويكون تعاقده باطلاً. فاتفاق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو «مقاولة» يرسو «العطاء» عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام(١). كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم عليه بل إن هناك من المهن، كالطب والمحاماة، ما ينظم تنظيماً إدارياً، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة(٢).

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص. فإذا اتفق البائع والمشترى على ذكر ثمن فى عقد البيع أقل من الثمن الحقيقى حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور فى العقد، ففى مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقى لا بالثمن الصورى المكتوب. ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل الملزم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذى عينه القانون. لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثانى بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك فى حساب الأجرة. ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يبقى المؤجر، إذا كان هو مالك العين، ملزماً بأداء الضريبة لخزينة الدولة.

وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التى تنظم النقد والعملة تعتبر من النظام العام، وأن شرط الدفع بالذهب باطل فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء(٣).

٢٣٣ – النظام القضائى: نظم التقاضى تحقق فى مجموعها «مصلحة عامة»، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية.

فتحديد اختصاص المحاكم – فيما عدا الاختصاص المحلى – يعتبر من النظام العام(1). ولا يجـوز للخصوم أن يتفقـوا على اختصاص محكمة تكـون غير مختصة بالنسبة إلى

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص٢٥٥ (السعى للحصول على رتبة أو نيشان) – وأنظر أيضاً فى المعنى ذاته محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يونيه سنة ١٩٠١ الحقوق ٦ ص١٧٩ – المجموعة الرسمية ٣ رقم ٢/٨٥.

(٢) فلا يجوز للمحامى أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكليه ويؤجر الوسيط على وساطته، فهذا نوع من السمسرة يأباه شرف المهنة. ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدلى على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدلى ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم فى مقابل جعل. ولا يجوز للمحامى أن يأخذ فى مقابل «أتعابه» جزءاً من الحق المتنازع عليه، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٦.

(3) لما كان المقرر وفقاً للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى استحقـاق الدائـن لفائدة قدرهـا ٤٪ فى المسائل المدنية و٥٪ فى المسائل التجارية إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به، وكان مؤدى نص المادة ١/١٧٥ من الدستور والمادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنـة ١٩٧٩. أن المحكمـة الدستورية العليـا هى الجهة المنوط بهـا – دون غيـرها – مهمـة الرقابة القضائيـة علـى دستـورية القوانـين فلا يكـون لغيـرها مـن =

ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعى، فيرفعوا قضية من اختصاص المحاكم الشرعية إلى محكمة من المحاكم الوطنية أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة جزئية. وقد كان قانون المرافعات الوطنى القديم لا يعتبر مسائل الاختصاص النوعى من النظام العام.

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس اعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام. فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة فى حكم حضورى، أو أن الاستئناف جائز فى حكم لا يقبله. ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذى يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة(١).

٢٣٤ - القوانين الجنائية: ولا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام. فيعد باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال. ويعد باطلاً أيضاً الاتفاق الذى يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسئولية جنائية، والاتفاق التى يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التى يحكم بها جنائياً على شخص آخر. ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة فى القانون، كأن يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديداً، فالتبديد لا يكون إلا فى عقود معينة مبينة على سبيل الحصر(٢).

٢ - روابط القانون الخاص

٢٣٥ - الأحوال الشخصية والمعاملات المالية: هذه الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية، أو داخلة فى دائرة المعاملات المالية.

٢٣٦ - الأحوال الشخصية: كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم. من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته.

=المحاكم الامتناع عن تطبيق نص فى القانون لم يقض بعدم دستوريته وإنما إذا تراءى لها ذلك فى دعوى مطروحة عليهم تعين وقفها واحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية وكان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائى فيما قضى به من رفض طلب الفوائد بدعوى أن الدستور قد نص على أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع وأنها حرمت التعامل بالرباء فأنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه فى هذا الصدد.

(جلسة ١٩٨٩/١١/٢٧ الطعن ١٩٨٣ لسنة ٥٣ق)

(١) أنظر فى قواعد الإثبات وهل تعتبر من النظام العام. نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٨٧ ص٥٠٧ - ص٥١٠.

(٢) ومن ذلك أن يتفق البائع والمشترى - فى البيع بالتقسيط - على أن يسميا البيع إيجاراً حتى تتوافر أركان جريمة التبديد.

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شئ من ذلك. بل إن القانون المدنى الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يعتدى عليها. فنصت المادة ٥٠ على أنه «لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر». ونصت المادة ٥١ على أنه «لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر». أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً فإنه يكون مالا يجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه.

وقواعد الأهلية من النظام العام، فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص. وقد نصت المادة ٤٨ من القانون المدنى الجديد على أنه «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها». وكالأهلية الولاية، فلا يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته.

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقوقاً مالية محضة. مثل ذلك الحقوق والواجبات التى تنشأ من عقد الزواج، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته فى الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية. ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه فى الطلاق(١). كذلك الحقوق والواجبات التى تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام. فللأب حق تربية أولاده، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن تكون الأولاد على دين الأم مثلاً. والنفقات بمختلف أنواعها، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوى الأرحام، تعتبر كلها من النظام العام، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه فى مطالبة من تجب عليه النفقة له، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها.

٢٣٧ - المعاملات المالية: ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام. من ذلك الأسس التى يقوم عليها النظام الاقتصادى فى البلاد، فهى تارة

(١) أما إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها، فليس فى ذلك مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام. لكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أتته هى اضطره إلى ذلك (نقض مدنى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٥ ص٨٥).
ويكيف التعهد بأنه التزام أصلى معلق على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج.

تفسح المجال للنشاط الفردى، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف. ومن ذلك أيضاً الأحكام التى تكفل حماية الغير حسن النية.

فمن الأسس التى تفسح المجال للنشاط الفردى وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك فى استعماله بغل يده عن التصرف فيه، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م٨٢٣ من القانون المدنى الجديد). ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م٨٣٤ من القانون المدنى الجديد)، لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية.

ومن الأسس التى تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون فى صدد عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (م١٤٩ من القانون المدنى الجديد). وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات فى حالة الاستغلال (م١٢٩ من القانون المدنى الجديد). وما قرره من إنقاص الالتزام المرهق فى حالة الحوادث الطارئة (م١٤٧ من القانون المدنى الجديد). وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائى (م٢٢٤ من القانون المدنى الجديد). وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذى يسمح به القانون (م٢٢٧ من القانون المدنى الجديد).

ومن الأحكام التى تحمى الغير حسن النية القواعد التى رسمها القانون لشهر الحقوق العينية، فيكون باطلاً اتفاق البائع مع المشترى على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية فى حق المشترى ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذى يتطلبه القانون. كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن فى تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصية. ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصى أو عدم مسئوليته عن الغش الذى يصدر منه. ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ، ولا الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم.

المطلب الثانى
الاتفاقات التى تخالف الآداب

٢٣٨ – العلاقات الجنسية: كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب. كذلك يكون باطلاً كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر فى مقابل إيجاد علاقات جنسيه معه، أو فى مقابل استمرار هذه العلاقات، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت. أما إذا كان المال الذى يتعهد الشخص بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر من جراء العلاقات الجنسية، فالتعهد صحيح، بل هو اعتراف بالتزام طبيعى.

٢٣٩ – بيوت العهارة: وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة يعتبر باطلاً لمخالفته للآداب، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إدارى. فبيع بيت يدار للعهارة، وإيجاره، وشراء مفروشات له، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه، وإنشاء شركة لاستغلاله، وإقراض مال للإعانة على إدارته، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب. وسنرى عند الكلام فى السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورها، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث.

٢٤٠ – المقامرة: ويكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان لمخالفته للآداب، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه فى خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (م٧٣٩ من القانون المدنى الجديد). ويستثنى من ذلك الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية. ولكن للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه، ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م٧٤٠ من القانون المدنى الجديد). ويعد باطلا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة، سواء فى ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد، ويكون المحل فى هذه الحالة مخالفاً للآداب، أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة، ويكون المخالف للآداب فى هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا فى بيوت العهارة.

٢٤١ – أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب: ويعد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف. فمن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلاً، كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شئ سرقه فى مقابل أجر يأخذه. كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل أجر لذلك. ولا تجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب الذمة فى التعامل. فالاتفاق على ألا يعترف شخص بمسئوليته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب يكون باطلاً لأنه مخالف للآداب. وكان القضاء الفرنسى يبطل الاتفاق الذى يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون بالهتافة (claque) يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح، لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور. ثم رجع القضاء عن ذلك، وأصبح الآن يقضى بصحة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين. ولا يعد باطلاً اتفاق أحد النسابة (généalogiste) مع وارث على أن يكشف له عن نسبة ليحصل على ميراث يستحقه، مادام النسابة لم يخدع من تعاقد معه، بل كشف له عن سر حقيقى كان يجهله.

الفرع الثالث
السبب(*)
(La Cause)

٢٤٢ – السبب عنصر متميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها: نعرف السبب تعريفاً أولياً بأنه هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه. والفرق بينه وبين المحل – كما يقال عادة – هو أن المحل جواب من يسأل: بماذا التزم المدين (Quid debetur)، أما السبب فجواب من يسأل: لماذا التزم المدين (Cur debetur) (١).

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً فى كل التزام، بل يقتصر على الالتزام العقدى إذ الالتزام غير العقدى لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه.

والسبب كعنصر فى الالتزام العقدى دون غيره إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة. والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها، ولكنه هو الغرض المباشر الذى اتجهت إليه الإرادة.

(*) **بعض المراجع**: كابيتان: السبب فى الالتزامات – لوى لوكا (Louis Lucas) الغبن والعقد – جوسران: الباعث فى الأعمال القانونية – ريبير: القاعدة الخلقية فى الالتزامات – ديموج فى الالتزامات جزء ٢ – بنكاز ملحق بودرى جزء ٢ – دراسات كابيتان: سيمونيس (Simonius) فى السبب فى القانون السويسرى ص٧٥٣ – فان كان (Van Kan) أصل الالتزام دون سبب فى القانون المدنى ص٨٧٥ – نظرية العقد للمؤلف من فقرة ٥٠٧ – الدكتور بهجت بدوى من فقرة ١٠٠ – الدكتور حشمت أبو ستيت من فقرة ٢٢٠ – **الرسائل والمقالات**: أرتير (Artur) باريس سنة ١٨٧٨ – بريسو (Brissaud) سنة ١٨٧٩ – تمبال (Timbal) تولوز سنة ١٨٨٢ – كولان (Colin) باريس سنة ١٨٩١ – سيفرياديس (Sériadés) باريس سنة ١٨٩٧ – بلسنيلا (Plesnila) باريس سنة ١٩١٠ – بيشون (Pichon) باريس سنة ١٩١٤ – سافاتييه (Savatier) بواتييه سنة ١٩١٦ – ديبريل (Dubcruil) ليون سنة ١٩١٩ – لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ – دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩١٩ ومقال له فى المصادر الحديثة لنظرية السبب فى الالتزامات فى بلجيكا القضائية سنة ١٩٢٩ – مورى (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ – هامل (Hamel) باريس سنة ١٩٢٠ – يوناسكو (Ionasco) باريس سنة ١٩٢٣، ومقال فى مجلة القانون المدنى الإقليمية سنة ١٩٣١ – سيليس (Célice) باريس سنة ١٩٢٣ – كامان فى مجلة القانون التجارى السنوية سنة ١٩٢٣ – ماكرون (Macqueron) باريس ١٩٢٥ – شيفرييه (Chevrier) باريس سنة ١٩٢٩ – برس (Bresse) فى السبب فى القانون الإنجليزى ديجون سنة ١٩٢٩ – رينو (Renaud) باريس ١٩٣٠ – فيدل (Vedel) فى السبب فى القانون الإدارى تولوز سنة ١٩٣٤ – بواجيزان (Bois Juzan) بوردو ١٩٣٩ – الأستاذ عبد الحميد رشدى مقال فى المحاماة السنة العاشرة – الأستاذ نصيف زكى مقال فى المحاماة السنة الحادية عشرة.

(١) وأول من قال بهذه المقارنة المشهورة بين المحل والسبب هو الأستاذ أودو (Audot)، ثم نقلها عنه كثير من الفقهاء: أوبرى ورو ٤ ص٥٤٦ هامش رقم ٢ – هيك ٧ ص٧٥ – ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٤٥ وفقرة ٣٥٥ – لوران ١٦ فقرة ١٠٩ – بودرى وبارد ١ فقرة ٢٩٧ وفقرة ٣٠٢ – ديموج ٢ فقرة ٧٤٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٧٩.

فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها، بل هو عنصر متميز عن الإرادة. ولكن لما كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب، أى دون أن ترمى إلى غرض تهدف لتحقيقه، لذلك كان السبب، وإن تميز عن الإرادة، متصلا بها أوثق الاتصال. فحيث توجد الإرادة يوجد السبب. ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعى، كإرادة المجنون. ولكننا رأينا أن الإرادة لا يعتد بها إلا إذا صدرت عن وعى وتمييز، فالإرادة المعتبرة قانوناً لابد لها من سبب.

ويمكن إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن فى العقد غير ركن الإرادة. ولكن الركنين متلازمتان، لا ينفك أحدهما عن الآخر(١).

٢٤٣ – السبب والارادة معنيان متلازمان، ولكن السبب والشكل معنيان متعارضان: وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية: كلما زاد حظ الإرادة فى تكوين العقد، وضعف حظ الشكل، زادت أهمية السبب. ذلك لأن الإرادة، من حيث أنها تحدث آثاراً قانونية، إذا انطلقت من قيود الشكل، وجب أن تتقيد بالسبب. وعندما كان الشكل وحده – دون الإرادة – هو الذى يكون العقد، لم يكن للسبب من أثر. وبدأ السبب فى الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل. وكلما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب، إلى أن تم تحريرها، فوجدت نظرية السبب كاملة تحل محل الشكل.

ونرى مما تقدم أنه حيث يتغلب الشكل يقل شأن السبب، وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب. هكذا كانت الحال فى القانون الرومانى:فقد بدأ هذا القانون شكلياً، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب. ولما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيداً لها بدلاً من الشكل. وهكذا كانت الحال فى القانون الفرنسى القديم: فإن السبب لم يكد يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية فى العقود. فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تستره، وبرز قوياً ليحوط الإرادة بقيود تحل محل قيود الشكل، وهكذا هى الحال فى القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم، فأينعت نظرية السبب وتطورت، بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت فى القانون الكنسى، لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكل فى الانتقاص من سلطان السبب.

٢٤٤ – علاقة السبب بالمشروعية وبعيوب الارادة: منذ تحررت الإرادة من الشكل، حاطها السبب بقيود على ما قدمنا. وبدأ ذلك يكون لحماية المجتمع عن طريق المشروعية وفى صورة السبب المشروع. فالإرادة حتى تنتج أثرها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام ولا مع الآداب، وذلك حماية للمجتمع. ثم اتخذت نظرية السبب لها هدفاً آخر إلى جانب هذا الهدف الأول، فصارت تحمى المتعاقد نفسه من هزله ونسيانه ومما قد يقع فيه من غلط أو تدليس أو إكراه. وهكذا بعد أن تحررت الإرادة من الشكلية

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٨.

أخذت تتحرر من العيوب عن طريق نظرية السبب. وبعد أن قامت نظرية السبب لحماية المجتمع، أخذت تقوم لحماية المجتمع والمتعاقدين جميعاً.

ولعل أول صورة تمثلت لعيوب الإرادة انطبعت فى نظرية السبب. ثم أخذت عيوب الإرادة تستقل عن السبب شيئاً فشيئاً، وتكسب لها كياناً ذاتياً خارجاً عن منطقة السبب. فانفصل الإكراه، ثم انفصل التدليس. وأصبح السبب الآن لا يختلط إلا بالغلط فى منطقة مشتركة، هى منطقة السبب المغلوط أو الغلط فى السبب. وقد أتم القانون المدنى الجديد هذا التطور، ففصل بين الغلط والسبب فصلا تاماً. وأصبح السبب فى هذا القانون مقصوراً على السبب المشروع. وهـذه الدائرة المحدودة – دائرة السبب المشروع – هى الدائرة الأولى التى فيها السبب عندما بدأ يظهر فى القانون الكنسى. وبذلك رجع السبب سيرته الأولى، وعاد كما بدا.

٢٤٥ – تطور العقد من عقد شكلى إلى عقد رضائى مسبب إلى عقد رضائى مجرد: وتاريخ نظرية السبب يهدينا إلى حقيقة أخرى. فسيقرئنا هذا التاريخ أن العقد بدأ عقداً شكلياً (contrat formel) حيث السبب لا أثر له كما قدمنا. ثم تطور إلى عقد رضائى (contrat consensuel) حيث السبب له أكبر الأثر. ثم تطور أخيراً إلى عقد مجرد (contrat abstrait) حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر. وسنرى أن القانون المصرى الجديد لم يماش هذا التطور إلى نهايته، ولم يسر فى ذلك على نهج القوانين الجرمانية، بل حرص على أن يبقى فى دائرة القوانين اللاتينية، حيث لا يزال العقد رضائياً، وحيث تشغل نظرية السبب فى العقد المكان البارز، وحيث لا يوجد العقد المجرد إلا فى دائرة محدودة ضيقة.

٢٤٦ – خطة البحث فى نظرية السبب: ونستعرض نظرية السبب فى مبحثين، نتعقب فى المبحث الأول منهما كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت، ونبسط فى المبحث الثانى نظرية السبب فى القانون الحديث.

المبحث الأول
كيف نشأت نظرية السبب

٢٤٧ – القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم: فى هذين القـانونين يجب أن نتعقب كيف نشأت نظرية السبب. ولعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقى التاريخ على نظرية السبب. وسنرى أن القانون الرومانى ظل بمعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكلية. وقد نبتت النظرية ثم ترعرعت منذ تحررت الإرادة من الشكل فى عهد القانون الكنسى كما قدمنا. وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يغاير طبيعتها، وانقلبت على يد دوما (Domat) ومن سبقه وتلاه من الفقهاء من نظرية نفسية إلى نظرية موضوعية. وبقيت كذلك عهوداً طويلة. وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسى الحديث، ضعيفة الأثر، قليلة الجدوى. وسنشهد بعد ذلك كيف أن النظرية استردت جدتها فى العهد الأخير، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية نفسية.

المطلب الأول
نظرية السبب فى القانون الرومانى
١ – العهد القديم

٢٤٨ – العقود كانت شكلية فلم يكن للسبب فيها أى أثر: كانت العقود فى العهد القديم للقانون الرومانى شكلية. فكان العقد ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة، ولم يكن للإرادة أى دخل فى تكوينه. وكانت العقود الشكلية ثلاثة: عقد يتم بوزن صورى (nexum)، ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابى (litteris) ويتم بكتابة على نحو خاص، والعقد اللفظى (verbis) ويتم بألفاظ معينة. ولم تكن هذه العقود الشكلية عقوداً بالذات، بل كانت قوالب تصب فيها العقود. فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغير ذلك من العقود كانت توضع فى شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها. وهذه الأشكال هى التى كان الرومان يدعونها «السبب المدنى» (causa civilis). فهى ليست سبباً للالتزام العقدى على النحو المعروف فى القانون الحديث، بل هى سبب لانعقاد العقد، أو هى الشكل القانونى الذى يجعل العقد يتكون[١]. وهذا الشكل ضرورى فى انعقاد العقد، وهو فى الوقت ذاته كاف لانعقاده. فهو ضرورى لأن العقد بدونه لا ينعقد. وهو كاف لأنه متى وجد انعقد العقد، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم، وسواء كانت الإرادة إذا قامت صحيحة أو معيبة، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أو غرض غير مشروع. فالشكل وحده، لا الإرادة، هو الذى يوجد العقد.

ومن ثم يتبين أن السبب فى هذه العقود الشكلية لم يكن له أى أثر فى تكوين العقد، فسواء وجد أو لم يوجد، وسواء كان مشروعاً أو غير مشروع، فإنه لا شأن له بالعقد، مثله فى ذلك مثل الإرادة. ومتى توافر للعقد شكله القانونى انعقد، دون نظر إلى الإرادة، ودون نظر إلى السبب.

٢٤٩ – وكذلك طرق نقل الملكية كانت شكلية ولم يكن للسبب فيها أى أثر: وكما كانت العقود فى العهد القديم شكلية مجردة عن السبب، كذلك كانت طرق نقل الملكية. فلم تكن الملكية تنتقل بالعقد. بل كان العقد يتلوه وضع خاص هو الذى ينقل الملكية. وكانت هذه الأوضاع هى أيضاً ثلاثة: وضع يتم بأشكال عتيقة (mancipatio)، ووضع يتم بدعوى صورية أمام القضاء (in jure cessio)، ووضع مادى يتم بالتسليم (traditio). وأى وضع من هذه الأوضاع متى تم تنتقل به الملكية، دون نظر إلى السبب الذى انتقلت من أجله كبيع أو هبة أو شركة. فإذا باع شخص من آخر شيئاً، وتم وضع

(١) لم يقتصر «السبب المدنى» (causa civilis) فى القانون الرومانى على العقود الشكلية، بل كان بوجه عام هو المصدر القانونى الذى يكون العقد ويضفى عليه قوته الملزمة. ومن ثم يكون «السبب المدنى» للعقود الشكلية هو الشكل، وللعقود العينية هو تسليم الشئ، وللعقود الرضائية هو مجرد الاتفاق، وللعقود غير المسماة هو قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وهكذا.

من هذه الأوضاع الثلاثة ينقل به البائع ملكية المبيع إلى المشترى، انتقلت الملكية، دون نظر إلى ما إذا كان البيع قد تم أو لم يتم، ودون نظر إلى ما إذا كان قد تم صحيحاً أو كان فيه عيب.

٢ – العهد المدرسى

٢٥٠ – اختفاء أكثر العقود الشكلية: تطور القانون الرومانى بانتشار التجارة وتقدم طرق التعامل، فاختفت أكثر العقود الشكلية. اختفى عقد الوزن الصورى (nexum) بزوال الفائدة التى كان يوليها، وهى دعوى من دعاوى الرومان القديمة تمكن الدائن من السيطرة على جسم المدين (manus injectio). واختفى العقد الكتابى (littris) باختفاء السجلات الخاصة التى كان هذا العقد يدون فيها، وكان الرومان قبل يحتفظون بها، ثم أخذوا يهجرون هذه العادة شيئاً فشيئاً حتى انقرضت، فانقرض بانقراضها الكتابى.

ولم يبق من القيود الشكلية إلا العقد اللفظى (verbis, stipulatio) لسهولته النسبية وللحاجة إليه إذا حرص المتعاقدان على استبقاء مزايا العقد الشكلى.

٢٥١ – بدء ظهور السبب فى العقد اللفظى: على أن العقد اللفظى مع بقائه شكلياً لم يخل مع تطور القانون الرومانى من أن يتأثر بفكرة السبب. تأثر بها تأثراً غير مباشر فى ناحيتين، ثم تأثر بها تأثراً مباشراً فى ناحية ثالثة.

فإذا كان العقد اللفظى سببه غير موجود أو غير مشروع، فإن العلاج لم يكن بطلان العقد كما هو الأمر فى القانون الحديث، بل كان العقد يبقى صحيحاً، ولكن المدين يعطى دعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة فى القانون الرومانى (condictiones sine cause) يستطيع أن يسترد بها ما أعطاه دون سبب أو بسبب غير مشروع. وهذه الدعوى قد يلجأ إليها المدين كدعوى يرفعها على الدائن أو كدفع يدفع به دعوى الدائن. فهو إذا لجأ إليها كدفع يستطيع أن يتوقى مطالبة الدائن له بالتزام قام على سبب غير صحيح أو لسبب غير مشروع. وإذا لجأ إليها كدعوى يستطيع أن يسترد بها ما دفع للدائن وفاء لهذا الالتزام، أو أن يتخلص من الالتزام ذاته إذا لم يكن قد وفى به. وسنرى عند الكلام فى الإثراء بلا سبب الصور المختلفة لدعوى الاسترداد هذه[1]. ويلاحظ أن هذه الدعوى كانت من خلق القانون الرومانى المدنى (Jus civil).

أما القانون البريطورى (droit prétorien) فقد جعل للمدين فى الحالة المتقدمة دفعاً هو الدفع بالغش (exceptio doli) يستطيع به أن يتوقى مطالبة الدائن، دون أن يستطيع مهاجمته للتخلص من التزامه أو لاسترداد ما دفع.

هاتان هما الناحيتان اللتان تأثر فيهما العقد اللفظى بفكرة السبب تأثراً غير مباشر. ونقول غير مباشر لأن فكرة السبب لم تعترض العقد عند تكوينه ولم تؤثر فيه تأثيراً مباشراً

(١) ومن ثم كان أول مظهراً لفكرة السبب فى تطورها مظهر اتخذت فيه صورة الإثراء بلا سبب، على فرق ما بين معنى «السبب» فى الحالتين.

بأن تمنع نفاذه. بل بقى العقد صحيحاً نافذاً. ولكن عند تنفيذه تظهر فكرة السبب، فتوجب الاسترداد أو تمنع التنفيذ، عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع.

على أن هناك ناحية ثالثة تأثر فيها العقد اللفظى بفكرة السبب تأثراً مباشراً كما أسلفنا القول. وقد كان ذلك فى ناحية عقد القرض إذا كان واقعاً على مبلغ من النقود. فقد جرت العادة فى القانون الرومانى بأن يتعهد المقترض برد القرض بعقد لفظى، ثم بعقد مكتوب يكتب فيه الشرط اللفظى بدلا من التفوه به، وذلك قبل أن يتسلم مبلغ القرض. فهو قد التزم قبل أن يتسلم شيئاً، والتزامه صحيح ما دام قد استوفى الشكل المطلوب. فإذا أراد أن يستعين بدعوى الاسترداد، فعليه هو أن يثبت أنه لم يتسلم شيئاً حتى يلتزم برده، ولا يكلف المقرض بإثبات السبب. وكان من وراء ذلك أن تعسف المقرضون بالمقترضين، إذ كان هؤلاء يلتزمون مقدماً وقد لا يتسلمون شيئاً أو يتسلمون مبلغاً أقل من المذكور بالعقد، ويقع عليهم مع ذلك عبء الإثبات إذا أرادوا التخلص من هذا الالتزام. فأدخل قانون إمبراطورى (constituation impériale) تعديلاً فى هذه الأحكام يقضي بأنه إذا التزم المقترض، واعترف كتابة أنه تسلم مبلغ القرض، فله أن يقرر بطريق الدعوى أو بطريق الدفع أنه لم يتسلم فى الواقع شيئاً (querela non numeratae pecuniae)، وعلى المقرض إذا أراد استيفاء الالتزام أن يثبت أن المقترض قد تسلم القرض. ومعنى هذا أن الدائن فى هذه الحالة مكلف أن يثبت وجود سبب للالتزام، وإلا كان العقد غير نافذ. ومن هنا دخلت فكرة السبب فى العقد اللفظى عن طريق مباشر، فانعدام السبب يمنع نفاذ العقد، ولا يقتصر على إباحة الاسترداد أو على التخلص من الالتزام بعد أن يصير العقد نافذاً[1].

ويلاحظ أنه حتى عند ظهور هذا الأثر المباشر لفكرة السبب فى العقد اللفظى، فإن السبب لم يقم على أساس نفسى متصل بإرادة المتعاقد، بل قام على أساس موضوعى لا صلة له بهذه الإرادة. فهو قد قام على واقعة أن المقترض لم يتسلم القرض، وأن العدالة تقضى فى هذه الحالة ألا يلتزم بشئ نحو المقرض. فالسبب هنا كالسبب فى الفرضين السابقين – دعوى الاسترداد والدفع بالغش – إنما قام على اعتبارات تتصل بالعدالة لا بالإرادة. وبقيت الشكلية فى العقد اللفظى مانعة من ظهور السبب متصلا بالإرادة ذلك أن الشكلية والإرادة فى القانون الرومانى ضدان لا يجتمعان، وإذا طردت الشكلية الإرادة إنها تطرد فى الوقت ذاته السبب بمعناه النفسى وهو المعنى المتصل بالإرادة.

(١) وقد عدلت القاعدة بعد ذلك وأصبح عبء الإثبات لا يقع على المقرض إلا إذا لم يذكر فى العقد المكتوب أن الالتزام له سبب قد نفذ (cautio discreta) أى إذا لم يعترف المدين كتابة أنه تسلم مبلغ القرض. فإذا اعترف بهذا كان هو المكلف بإثبات أنه لم يتسلم. ولم تقف القاعدة عند حد عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود، بل جاوزت هذا العقد إلى عقد المهر، ثم إلى عقد القرض الواقع على المثليات غير النقود. وعممت القاعدة بعد ذلك، فأصبحت تشمل جميع العقود (أنظر كابيتان فى السبب فقرة ٤٤– بلانيول وريبير وبولانجيه جزء ٢ فقرة ٢٨٤).

٢٥٢ – ظهور السبب فى العقود غير الشكلية: وقد ظهر إلى جانب العقود الشكلية فى القانون الرومانى عقود أخرى غير شكلية، أهمها العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة وعقود التبرع. ولما كان أكثر هذه العقود تتدخل الإرادة فى تكوينه، فقد بدأت فكرة السبب تظهر بظهور الإرادة فى تكوين العقد.

أما فى العقود العينية – وهى القرض والعارية والوديعة والرهن – فإن الإرادة لم تكن ظاهرة، وكان أساس الإلزام فى هذه العقود هو تسليم العين إلى الملتزم، فهو ملزم لأنه تسلمها وإلا كان مثرياً دون سبب.

وعلى النقيض من ذلك العقود الرضائية – وهى البيع والإيجار والشركة والوكالة – فالإرادة فيها تدخل فى تكوين العقد، بل هى وحدها كافية لتكوينه. ومن ثم ظهرت فكرة السبب فى هذه العقود ظهوراً واضحاً. ففى عقد البيع التزام البائع سبب لالتزام المشترى، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل لم يقم التزام المشترى لانعدام السبب. ولكن فكرة السبب فى عقد البيع كانت تقف عند هذا الحد، فلا تجاوز مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه. وظهر ذلك فى امتناع الدفع بعدم التنفيذ وفى امتناع الفسخ وفى تبعة هلاك المبيع، وكلها أمور ترجع إلى تنفيذ العقد وتتصل بفكرة السبب. فكان لا يجوز للمشترى أن يمتنع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع، ولا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى لو امتنع المشترى عن دفع الثمن، فالتزام كل المتعاقدين مستقل فى تنفيذه عن التزام الآخر. ومن ثم امتنع الدفع بعدم التنفيذ. وإذا كان القانون الرومانى جعل للمشترى فيما بعد دعوى الغش ليمتنع عن دفع الثمن حتى يتسلم المبيع، وجعل للبائع الحق فى حبس المبيع حتى يقبض الثمن، فإن ذلك لم يكن أثراً لعقد البيع ذاته، بل لاعتبارات ترجع للعدالة، ولو كان البيع يوجد ارتباطاً بين التزامات كل من المتعاقدين لكان المنطق يقضى بأن تكون دعوى كل منهما ناشئة عن عقد البيع (actio ex empto)[1]. كذلك لم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، بل يبقى البيع، ويطالب بتنفيذ الالتزام الذى لم ينفذ، حتى لو كان المتعاقد المطالب بالتنفيذ لم يقم من جانبه بتنفيذ التزامه، لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل فى تنفيذه عن التزام الآخر كما قدمنا. وإذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم، كانت تبعة الهلاك على المشترى لا على البائع. وفى هذا إمعان فى تأكيد الاستقلال ما بين التزام البائع والتزام المشترى عند التنفيذ. ذلك أنه إذا استحال على البائع لهلاك المبيع تنفيذ التزامه، بقى المشترى مع ذلك ملزما بدفع الثمن لاستقلال التزامه عن التزام البائع. ويبدو هذا الحل الرومانى قاطعاً فى المعنى الذى أسلفناه إذا لاحظنا أن البيع فى القانون الرومانى لم يكن ينشئ فى ذمة

(١) أنظر كابيتان فى السبب ص٩٤.

البائع التزاماً بنقل الملكية، ولم يكن المشترى يصبح مالكاً للمبيع بعقد البيع ذاته حتى يقال – كما قيل فى القانون الفرنسى – إن المشترى يتحمل تبعة الهلاك لأنه أصبح مالكاً. ومن كل ذلك نرى أنه إذا وجد ارتباط ما بين التزام البائع والتزام المشترى عند تكوين عقد البيع حتى صح أن يقال إن كلا منهما سبب للآخر، فإن هذا الارتباط منعدم عند تنفيذ البيع، بل يصبح كل التزام فى تنفيذه مستقلا كل الاستقلال عن الالتزام الآخر، وتقف فكرة السبب كما قدمنا عند تكوين البيع، دون أن تجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ[1].

وفى العقود غير المسماة ظهر السبب على الوجه الآتى: فى عقد المقايضة مثلا إذا سلم أحد المتقايضين العوض الذى يملكه، التزم الآخر بتسليم ما يقابله من العوض. وهذا الالتزام الأخير يقوم لا على إرادة الملتزم وحدها، بل على هذه الإرادة مضافاً إليها أن سببها قد تحقق. ذلك أن سبب إرادة المتعاقد الآخر فى أن يلتزم بتسليم ما عنده هو أن يتسلم ما عند المتعاقد الأول، وقد تسلمه فعلا، فتحقق السبب. فإرادته هنا تؤخذ مقرونة بالسبب لا مجردة عنه[2].

وفى الهبة – وهى أهم عقود التبرعات – اعترف القانون الرومانى بالسبب إلى حد كبير. فالتبرعات المحضة تقوم على نية التبرع (animus donandi)، وهى السبب فى التزام المتبرع. وتترتب على ذلك نتيجة هامة، هى أنه إذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطل التبرع. فمن تعهد بوفاء التزام طبيعى معتقداً أنه التزام مدنى لا يكون متبرعاً، ويبطل تعهده لانعدام السبب. والهبة المقترنة بشرط (donatine sub modo) يكون الشرط سبباً لها إذا هو الدافع إلى التبرع. فإذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشرط، كان للواهب أن يسترد هبته بدعوى استرداد (conditio causa data, causa non secuta)، وله أيضاً أن يجبر الموهوب له على تنفيذ الشرط. وفى الوصية – وهى إرادة منفردة – اعترف القانون الرومانى بالسبب إلى حد أنه مزجه بالباعث. فإذا اعتقد الموصى أن وارثه قد مات

(١) أما فى عقد الإيجار فإن الارتباط يجاوز التكوين إلى التنفيذ، إذ كانت الأجرة فى هذا العقد تقابل الانتفاع، فإذا تعذر الانتفاع ولو بقوة قاهرة، عند تكوين العقد أو عند تنفيذه، فإن الأجرة لا تجب. وإذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة مدة سنتين، كان للمؤجر الحق فى استرداد العين المؤجرة (كابيتان فى السبب ص٩٨). ويرجع هذا إلى أن عقد الإيجار عقد زمنى، الزمن فيه عنصر جوهرى، وهو محل العقد ذاته.

(٢) وإذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه من تسليم ما عنده للمتعاقد الأول، كان لهذا أن يطالبه بالتنفيذ كما قدمنا. وكان له أيضاً أن يسترد ما سلمه بدلا من المطالبة بالتنفيذ. وقد يكون هذا أثراً من دعوى الاسترداد التى كانت للمتعاقد الأول قبل الاعتراف بالقوة الملزمة للعقود المسماة، أو قد يكون الحق فى الاسترداد نتيجة لفسخ العقد، وفى هذا اعتراف بالسبب فهو الذى بنى على تخلفه فسخ العقد (كابيتان فى السبب فقرة ٥١).

فأوصى بماله لأجنبى، وتبين أن الوارث لا يزال حياً، واستطاع هذا أن يثبت أن الباعث على الوصية هو اعتقاد الموصى أن الوارث قد مات، فالوصية باطلة لانعدام سببها[1].

٢٥٣- موقف القانون الرومانى من نظرية السبب: ويتبين مما قدمناه أن القانون الرومانى اعترف فى بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود. وهذه العقود هى التى ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها. وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب. ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية (objectif) لا ذاتية (subjectif)، ونظروا إلى السبب موجوداً فى العقد (intrinsèque) لا خارجاً عنه (extrinsèque)، وهو واحد لا يتغير (invariable) فى النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع. وإذا كانوا قد توسعوا فى السبب فمزجوه بالباعث، فقد فعلوا ذلك فى نطاق ضيق محدود، وكان ذلك بنوع خاص فى بعض التبرعات على النحو الذى بيناه[2]. وسنرى فيما يلى أن هذا التصوير الرومانى هو الذى رجع إليه دوما (Domat)، فى صياغته لنظرية السبب.

وننظر الآن كيف تطورت نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم، قبل عهد دوما ومنذ ذلك العهد.

المطلب الثانى
نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم

٢٥٤- عهدان: بقيت فكرة السبب تتطور تطوراً مستمراً طوال القرون السبعة التى سبقت التقنين المدنى الفرنسى، من القرن الثانى عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر.

وفى خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما الفقيه الفرنسى المعروف دوما (Domat) فى القرن السابع عشر. إذ هو الذى صاغ فكرة السبب نظرية عامة، بعد أن تهيأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التى سبقته. ومنذ صاغ دوما نظرية السبب تبعه الفقهاء فى صياغته، وتناقلت عنه ما كتب، حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتييه (Pothier) إلى التقنين المدنى الفرنسى.

فنحن نتابع تطور نظرية السبب فى كل من هذين العهدين: (١) عهد ما قبل دوما (٢) العهد الذى بدأه دوما.

(١) كابيتان فى السبب فقرة ٥٥.

(٢) على أن هذا التصوير الخاص لفكرة السبب لم يكن إلا نتيجة للصياغة الرومانية الشكلية، فلم تضع الرومان أية نظرية للسبب، بل إنهم كانوا إذا أطلقوا كلمة «السبب» قصدوا بها «السبب المدنى» (causa civilis) الذى رأيناه فيما تقدم.

١- نظرية السبب فى العهد الذى سبق دوما[1]

٢٥٥- الرومانيون والكنسيون: تداول فكرة السبب فى هذا العهد فريقان من الفقهاء: فريق الرومانيين (romanistes) وفريق الكنسيين (canonistes). فالرومانيون رجعوا للفكرة الرومانية فى السبب، وهى فكرة شكلية موضوعية كما قدمنا، ولذلك لم تتقدم نظرية السبب على أيديهم أكثر مما كانت فى القانون الرومانى. أما الكنسيون فهم الذين خطوا بفكرة السبب خطوات جبارة، فانتزعوها من أصلها الرومانى إلى أفق أرحب، وجعلوها فكرة مؤثرة فعالة. وننظر الآن كيف كانت فكرة السبب عند كل من الفريقين.

٢٥٦- فكرة السبب عند فقهاء الرومانيين: عاد المحشون (glossateurs) إلى فكرة السبب الرومانية. وتطلبوا السبب فى مختلف العقود. ولكن السبب عندهم كان أمراً شكلياً محضاً، والمهم ليس هو وجوده بالفعل، بل هو مجرد ذكره فى الورقة المثبتة للعقد.

أما البارتوليون (bartolistes) فقد اقتفوا أثر من تقدمهم. وعنوا بنوع خاص بالعقود الملزمة للجانبين، فأبرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى هذه العقود. ولكنهم مع ذلك التزموا حدود القانون الرومانى، فلم يصلوا إلى حد القول بجواز الفسخ فى البيع إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كان يقضى عليهم بذلك. وميز البارتوليون، كما فعل المحشون، بين السبب والباعث، فسموا الأول «السبب القريب» (causa proxima) وكان المحشون يسمونه «السبب القصدى» (causa finalis)، وسموا الباعث «السبب البعيد» (causa remota) وكان المحشون يسمونه «السبب الدافع» (causa finalis). وجعلوا السبب دون الباعث هو الذى يؤثر فى العقد. وهذا التمييز ما بين السبب والباعث غريب عن القانون الرومانى، وقد ابتدعه فريق الفقهاء الرومانيين مستلهمين فيه الفلسفة اليونانية. أما الرومان فكان السبب عندهم هو ما كانوا يسمونه «بالسبب المدنى» (causa civilis) وهو السبب الإنشائى الذى عرفناه فيما تقدم وهذا شئ آخر غير السبب القصدى الذى عارضه الفقهاء الرومانيون بالباعث.

ويمكن القول بوجه عام إن فريق الفقهاء الرومانيين قد أحيوا الفكرة الرومانية فى السبب، ولكنهم ما قدمنا لم يجاوزوا الحدود التى التزمها القانون الرومانى. فبقيت فكرة السبب عندهم، كما كانت عند الرومان، فكرة موضوعية لا نفسية، داخلة فى العقد لا خارجة عنه، وهى واحدة لا تتغير فى نوع واحد من العقود.

٢٥٧- فكرة السبب عند فريق الفقهاء الكنسيين: أما فريق الفقهاء الكنسيين فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية اعتبارات أخرى أولى عندهم بالتقدم،

(١) أنظر بنوع خاص فى هذا العهد كابيتان فى السبب فقرة ٥٧- فقرة ٧٧ - شيفرييه (chevrier) فى تاريخ السبب فى الالتزامات باريس سنة ١٩٢٩ - بواجيزان (bois- Juzan) فى السبب فى القانون الفرنسى توردو سنة ١٩٣٩ ص١١٠ - ص١٤٤ - والمراجع المشار إليها فى هذه المؤلفات.

هى الاعتبارات الأدبية المسيحية. وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت تقتضيهم أن يقرروا مبدأين:

المبدأ الأول أن الوفاء بالوعد واجب، وأن الإخلال به خطيئة. ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده. فكانت الإرادة عندهم – لا الشكل – هى التى تنشئ العقد وتجعله ملزماً. وتدرج الفقهاء الكنسيون فى هذا المبدأ حتى أقروا أى عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين، دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الرومانى يتطلبه.

والمبدأ الثانى أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان الهدف إلى غرض غير مشروع. ذلك أن القيام بعمل غير مشروع يعد خطيئة. ولا يصح الاحتجاج بأن المتعاقد قد ارتبط بالعقد، والإخلال بما ارتبط به يعد خطيئة هو أيضاً. فالخطيئة ليست فى أن يخل بهذا الارتباط، بل فى أن يرتبط بعقد غير مشروع. الارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة، وتنفيذه يعد خطيئة أخرى. وها نحن نرى إلى أى مدى يسوق هذا المنطق. فالغرض الذى يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب فى تعاقده. وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلاً. وإذا كانت الإرادة وحدها يلزم المتعاقد، إلا أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع، وإلا كانت عديمة الأثر. فيبرز أمامنا السبب فى صورة أخرى غير الصورة التى ألفناها فى القانون الرومانى، شيئاً غير مجرد الصياغة الفنية، وعاملاً نفسياً زاخراً بالقوة، بعيداً فى الأثر. ويبدو لنا فى وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا إلى جانب الإرادة – بعد أن جردوها من الشكل – الغرض الذى ترمى إلى تحقيقه، وربطوها به، فأصبحت الإرادة لا تنفصل عن الغرض الذى تهدف إليه، وهى إذا تجردت عن الشكل فليست تتجرد عن السبب. والسبب هنا ليس هو هذا السبب الرومانى، الموضوعى، الداخل فى العقد، والذى يبقى واحداً لا يتغير فى نوع واحد من العقود، بل هو الباعث النفسى، الخارج عن العقد، والذى يتغير فيختلف فى عقد عنه فى العقد الآخر.

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذى ابتدعه الفقهاء الكنسيون أموراً أربعة:

أولاً– أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملاً أساسياً فى تكوين العقد.

ثانياً– أن فكرة السبب تطورت تطوراً خطيراً، فأصبح السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد.

ثالثاً– أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيداً على الإرادة. فما دام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزماً دون حاجة إلى الشكل، فلا أقل من أن يكون هذا الوعد متجهاً لتحقيق غاية مشروعة. ومن هنا استطاع الكنسيون أن يداوروا مبادئ القانون الرومانى فلا يتعارضون معه تعارضاً صريحاً، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهراً القول بأن الاتفاق العارى (pacte nu) ملزم وحده، وأن يستبدلوا بعبارة «الاتفاق العارى» عبارة «الوعد المسبب» (promesse causée) فيضيفوا إلى القائمة الرومانية للعقود الملزمة (pacta vestita) طائفة جديدة هى طائفة «الوعود المسببة».

رابعاً– أن السبب إذا كان قد قيد الإرادة من جهة، فهو قد أطلقها من جهة أخرى، إذ حررها من الشكل، وجعلها وحدها ملزمة ما دامت تتجه لتحقيق غاية مشروعة.

فالكنسيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب، لا بمعناها الرومانى الضيق، بل بمعناها الجديد الواسع.

وإذا كانوا قد جعلوا من نظرية السبب بادئ الأمر أداة قوية لحماية المجتمع عن طريق إبطال العقود التى تتجه لتحقيق أغراض غير مشروعة، فإنهم ما لبثوا أن جعلوا أيضاً من النظرية ذاتها أداة لحماية الفرد وتحرير إرادته من الغلط والتدليس والغش. ذلك أنهم أضافوا إلى السبب غير المشروع، فى إبطال العقد، السبب غير الحقيقى. فإذا وقع غلط أو تدليس فى الباعث على التعاقد، كان السبب غير حقيقى، وبطل العقد. ومن هنا اختلطت نظرية الغلط بنظرية السبب، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى نظرية الغلط.

هذا هو عمل الفقهاء من رجال الكنيسة، إليه وحده يعود الفضل الأكبر فى إيجاد النظرية الصحيحة للسبب. وقد تبع رجال الكنيسة فى نظريتهم هذه بعض من الفقهاء المدنيين (civilistes) من أمثال لوازيل (Loysel)(١) وديمولان (Dumoulin)، فقالوا بالإرادة وحدها مصدراً لتكوين العقد، واصلين فى هذا ما بين الإرادة والسبب، وجاعلين للسبب المعنى الذى فهمه الفقهاء الكنسيون. وبقى فقهاء مدنيون آخرون، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Doneau) محافظين على تقاليد القانون الرومانى، فلا يسلمون بأن الاتفاق العارى عقد ملزم، ولا يفهمون السبب إلا فى ضوء الفكرة الرومانية الضيقة. ولكن ما لبث الفريق الأول أن فاز على الفريق الثانى. فاعترف الفقه والقضاء فى فرنسا بأن الإرادة وحدها ملزمة ما دامت الغاية التى تهدف لتحقيقها غاية مشروعة، وفهم السبب بالمعنى الذى ابتدعه الكنسيون: الباعث الدافع إلى التعاقد. فأبطلت العقود التى تهدف لاستغلال النفوذ، واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها، وأصبح الباعث يؤثر فى التبرعات من هبات ووصايا فإذا كان غير مشروع أو غير متحقق بطلت هذه التبرعات.

وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما يصوغ نظرية عامة للسبب. وننظر الآن ماذا فعل هذا الفقيه هو ومن جاء بعده من الفقهاء.

---

(١) وهو صاحب المثل المشهور: «يربط البقر بقرونه، ويربط الرجل بكلامه، ومجرد الوعد أو الاتفاق يعدل العقود اللفظية فى القانون الرومانى». "on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit Romain". (Inst. cont. max. 357).

٢ – نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدنى الفرنسى [(١)]

٢٥٨ – العوامل الذى أثرت فى هذا العهد وفقهاؤه البارزون: جاء دوما فى القرن السابع عشر، وبدأ عهداً جديداً كان من العهود الحاسمة فى تاريخ تطور نظرية السبب. والعوامل البارزة التى كانت تؤثر فى التفكير القانونى لرجال هذا العهد ثلاثة:

أولاً– انتكاص القانون الرومانى وتقلص نفوذه. وقد أصبح تقسيم العقود إلى عقود شكلية وعقود غير شكلية، وتقسيم العقود غير الشكلية إلى عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة واتفاقات بريطورية واتفاقات شرعية، كل هذه التقسيمات العتيقة أخذت تهجر فتسير فى طريقها إلى الاندثار. على أن فريقاً من الفقهاء المدنيين (civilistes) بقوا متأثرين بالنظرية الرومانية فى السبب كما قدمنا.

ثانياً– أثر القانون الكنسى. وقد رأينا رجال هذا القانون يتم على أيديهم فتح مبين فى ميدان سلطان الإرادة، فيقولون بأن الإرادة وحدها ملزمة، ويسير وراءهم فى ذلك كثير من الفقهاء المدنيين.

ثالثاً– انتشار مبادئ القانون الطبيعى. وقد حمل لواءها جروسييس (Grotius) الفقيه الهولندى المعروف. وهى مبادئ توحى بنبذ ما يحوط الإرادة من أوضاع وأشكال رومانية عتيقة، وتحكم العقل فى كل ذلك فلا يتردد فى إقصائها وتحرير الإرادة منها.

وهذا العهد الجديد بدأه دوما كما ذكرنا، وطبعه بطابعه. وبقى أثر هذا الفقيه الفرنسى الكبير حياً فى النفوس طوال الأجيال. واقتصر من جاء بعده من الفقهاء على ترديد ما كتبه فى نظرية السبب، دون أن يضيفوا إليها شيئاً يذكر، غير الإسهاب فى بعض التفصيلات. وأبرز هؤلاء الفقهاء فقيهان: بريفودى لاجانيس (Prévôt de la Janès) وبوتييه (Pothier). ونستعرض أولا ما كتبه دوما فى نظرية السبب، ثم ننظر ما قاله بعده هذان الفقيهان.

٢٥٩ – نظرية السبب عند دوما: لم يكن دوما مبتدعاً فيما كتبه فى نظرية السبب. بل هو نفسه لم يكن يشعر أنه يقول شيئاً جديداً عندما كان يقرر هذه النظرية فى كتابه «القوانين المدنية». كان يبسطها بسطاً موجزاً، دون مناقشة أو بحث، كما يبسط أمراً من الأمور المقررة فى عصره، فلا يرى نفسه فى حاجة إلى تمحيص ما يورده من الآراء أو الدفاع عنها باعتبار أنها آراء جديدة. لذلك كان من المبالغة أن يقال – كما قال كثيرون – إن دوما له حظ كبير من الابتداع فى نظرية السبب. بل نحن لا نشارك أصحاب النظرية التقليدية فى السبب، من أمثال الفقيه الكبير كابيتان، رأيهم من أن دوما له فضل

(١) أنظر بنوع خاص فى هذا العهد: كابيتان فى السبب فقرة ٧٧– فقرة ٨٠– شيفرييه ص٢٤٦ وما بعدها – تمبال ص٨٨ وما بعدها – يوناسكو ص٤٢ وما بعدها – بواجيزان ص١٤٤ وما بعدها.

عظيم فى دعم نظرية السبب على أساس صحيح. فعندنا أن دوما قد أساء إلى نظرية السبب أكثر مما أحسن، وعاق تطورها الطبيعى، وأعادها إلى وضعها الرومانى نظرية قاحلة مجدبة. والغريب أن دوما قد انقاد فى هذا، لا لحكم العقل قواعد المنطق التى ألفها وسار عليها فى كتابه[(١)]، بل إلى البقية من أثر القانون الرومانى التى تسربت إلى القانون الفرنسى القديم على أيدى الفقهاء الرومانيين (romanistes) وفريق من الفقهاء المدنيين (civilistes) الذين تأثروا بالأولين.

على أن لدوما مزيتين لا ينكران فى هذا الشأن: (أولاهما) هذه النظرية الشاملة التى أحاط بها موضوع السبب، فصاغ منه نظرية عامة محبوكة الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذى قام به هو. كانت هناك أحجار مهيأة للبناء، فشيد منها دوما بناء مدعما متماسكاً، هو هذا الذى انتقل منه إلى من بعده من الفقهاء، ثم منهم إلى أصحاب النظرية التقليدية التى ظلت سائدة طوال القرن الماضى. (والمزية الثانية) أن دوما سجل فى وضوح كامل ما وصل إليه عصره فى تحرير الإرادة من الشكل والرسوم والأوضاع. فقد كانت التقسيمات الرومانية العتيقة لأصناف العقود قد دالت دولتها، وزالت التفرقة بين الاتفاق العارى غير الملزم والعقود والاتفاقات الملزمة، وأصبح كل اتفاق ملزماً. ويقرر الفقيه الكبير هذه الحقائق فى عبارات جلية واضحة فيقول فى كتابه «القوانين المدنية»[(٢)]: «كل اتفاق، سواء أكان له اسم معين أم لم يكن، ينتج أثره دائماً ويلزم بما تم الاتفاق عليه.. ولم يعد هناك محل لأن نبسط ما كان القانون الرومانى يقيمه من فروق بين العقود التى لها اسم معين والعقود التى لا اسم لها. فهذه التمييزات التى تنطوى على دقة زائفة لم تعد مقبولة فى عرف عصرنا، وهى مدعاة للاضطراب من غير ما فائدة». ويلاحظ أن دوما يقرر أن الإرادة وحدها ملزمة على اعتبار أنها حقيقة مقررة فى عصره، لا تحتاج إلى تمحيص أو مناقشة. فقد كانت القاعدة التى تقرر أن «الاتفاق وحده ملزم» (Solus consensus obligat) قد ظفرت فى النهاية، وفاز أنصارها على معارضيها من الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الرومانى.

أما العيب الجوهرى فى نظرية دوما فهو أنه تأثر فى هذه النظرية، كما قدمنا، بالفقهاء المدنيين الذين ظلوا أمناء القانون الرومانى، فنقل عنهم النظرية الرومانية الضيقة[(٣)]. وهنا يتولانا شئ من العجب. فإن دوما، وهو من أنصار المنطق والقانون الطبيعى، وقد رأيناه يقول

(١) فقد كان دوما من دعاة القانون الطبيعى، وعرف بأنه هو الذى أحى التفكير المنطقى فى الفقه المدنى. فوضع كتابه المشهور «القوانين المدنية وفقاً للنظام الطبيعى» "Lois Civiles dans leur ordre naturel)، ولم ينهج فيه نهج من سبقه من الفقهاء فى شرح نصوص القانون الرومانى (corpus Juris Civilis)، بل كان لا يرجع إلي هذه النصوص إلا لتكون مؤيدة لما يقرره من أحكام العقل والمنطق، فيكون ذلك أبلغ فى الإقناع وأدعى إلى الاطمئنان (mettre l'esprit en repos) كما يقول.

(٢) الكتاب الأول – الباب الأول – الفرع الأول فقرة ٧.

(٣) ويذكر كابيتان فى كتابه فى السبب (ص١٦٠ – ص١٦٣ وص١٦٣ هامش رقم ١) أن دوما =

بالإرادة وحدها مصدراً للالتزام فيطاوع فى ذلك الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الكنسى، يرجع القهقرى عندما يتولى بسط نظرية السبب، فلا يسير فى منطقه إلى مداه، ولا يقول مع هؤلاء الفقهاء المدنيين أنفسهم إن الإرادة بعد أن أطلقت من عقال الشكل وجب أن تتقيد بالغرض الذى اتجهت إلى تحقيقه فيكون الباعث هو السبب، يأبى دوما أن يكون منطقياً فى نظرته للإرادة والسبب، ويرجع إلى الفكرة الرومانية، فيجعل من السبب أمراً موضوعياً داخلياً لا يتغير فى نوع واحد من العقود! وقد يعلل ذلك أن دوما آثر دقة الصياغة الرومانية فجرى على منوالها، ولكنه أضاع بذلك على القانون خصوبة النظرية الكنسية فى السبب وما لها من مدى بعيد وأثر بالغ.

وهذا ما يقوله دوما وهو يبسط نظرية السبب، بعد أن يقسم العقود أقساماً أربعة، الثلاثة الأولى هى عقود معاوضة والقسم الأخير خصص لعقود التبرع: «فى الأقسام الثلاثة الأولى من العقود يجرى التعامل دون أن يكون فيه أى تبرع، ويكون التزام أحد المتعاقدين هو الأساس لالتزام الآخر. وحتى فى العقود التى يظهر أن شخصاً واحداً فيها قد التزم. كما فى اقتراض مبلغ من النقود، قد سبق التزام المقترض ما وجب أن يعطيه إياه الطرف الآخر حتى يتكون العقد. وعلى ذلك فالالتزام الذى ينشأ من مثل هذه العقود لمصلحة أحد المتعاقدين يوجد سببه دائماً فى جانب الآخر. ويكون الالتزام باطلاً إذا لم يكن مبنياً فى الواقع على سبب»[1]. ثم يتابع دوما بسط نظريته، وينتقل إلى عقود التبرع فيقول: «وفى الهبات... يكون التزام الواهب أساسه غرض من الأغراض المعقولة الحقة، كخدمة أسداها الموهوب له أو أية مزية أخرى فيه أو محض الرغبة فى عمل الخير من جانب الواهب. وهذا الغرض يقوم مقام السبب بالنسبة إلى الطرف الذى أخذ ولم يعط شيئاً»[2]. وقد يفهم من هذه العبارات الأخيرة أن دوما يرى أن السبب فى التبرعات قد يكون هو الباعث، كما كان الأمر فى القانون الرومانى على ما قدمنا. ولكنه فى موضع آخر يعود إلى هذه المسألة فيقول: «يجب فى الهبات أن نميز تمييزاً واسعاً ما بين البواعث التى يعلن الواهبون أنها هى أسباب تبرعهم وبين الشروط التى يفرضونها فى هباتهم. وذلك لأنه بينما أن الإخلال بالشرط فى الهبة المقترنة بشرط يبطلها، فإن الهبة تبقى قائمة حتى لو تبين أن البواعث التى ذكرت فيها ليست صحيحة. فلو أنه ذكر فى هبة أنها تمت لخدمات أسديت أو لتمكين الموهوب له من أن يملك شيئاً يريده، فإن الهبة لا تبطل حتى لو ظهر أنه لم تكن هناك خدمات أسديت أو أن الامتلاك لم يتم. وذلك لأن إرادة من وهب تبقى دائماً قائمة،

= تأثر فى نظريته فى السبب بفقهاء مدنيين ينتمون إلى الفقهاء الرومانيين، من أمثال كوناك (connan) ودونو (Doneau) – أنظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٧.

(١) «القوانين المدنية» الكتاب الأول – الباب الأول – الفرع لأول – وقرر دوما فى موضع آخر من الكتاب أن الالتزام الذى قام على سبب انقطع بعد ذلك يصبح باطلا (الكتاب الأول – الباب الأول – الفرع الأول فقرة ١٣)، فهو يستصحب السبب من تكوين العقد إلى تنفيذه.

(٢) «القوانين المدنية» الكتاب الأول – الباب الأول – الفرع الأول.

وقد تكون له بواعث أخرى غير التى أعلنها[1]». ويستخلص الأستاذ كابيتان من هذه العبارات أن دوما يميز فى عقود التبرع بين السبب والباعث، فالسبب هو الذى يؤثر فى صحة التبرع، أما الباعث فلا أثر له[2].

ويتبين مما قدمناه أن دوما يشترط قيام السبب فى جميع العقود. فالسبب فى التزام المتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر، أى التزامه المقابل. والسبب فى التزام المتعاقد فى العقود الملزمة لجانب واحد هو ما قام به المتعاقد الآخر، أى التسليم الذى تم من جانبه فى مبدأ الأمر. والسبب فى التبرعات هو إرادة المتبرع فى أن يتبرع، أى نية التبرع. ومن ذلك نرى أن نظرية دوما فى السبب قامت على الفكرة الرومانية الضيقة، وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون الرومانى.

٢٦٠ – نظرية السبب عند خلفاء دوما من الفقهاء: ولم يزد الفقهاء الذين خلفوا دوما فى القانون الفرنسى القديم على أن يرددوا ما قاله دوما فى نظرية السبب. وأبرز هؤلاء الفقهاء، كما قدمنا، فقيهان: بريڤو دى لاچانس وبوتييه.

كان بريڤو دى لاچانس (Prévôt de la Janès) أستاذاً للقانون فى جامعة أورليان فى النصف الأول من القرن الثامن عشر، وقد توفى فى سنة ١٧٤٩. ذكر فى كتاب له[3] أن الرضا يجب أن يكون مبنياً على سبب (fondé sur quelque cause). وعرف السبب بأنه الغرض (motif) الذى دفع المتعاقد إلى الالتزام. ولكنه بين ما يريد بكلمة «الغرض» عند الكلام فى البيع، فذكر أن السبب فى التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر المقابل له. فالسبب عنده فى العقود الملزمة للجانبين هو السبب ذاته عند دوما[4].

أما بوتييه (Pothier) الفقيه الفرنسى المعروف – وقد خلف بريڤو دى لاچانس فى أستاذية القانون بجامعة أورليان – فكان أوضح بياناً من سلفه فى بسط نظرية السبب، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوما فى هذه النظرية. ذكر فى كتاب «الالتزامات»[5] ما يأتى: «يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف (cause honnête). ففى عقود المعاوضة

(١) «القوانين المدنية» الكتاب الأول – الباب العاشر – الفرع الأول فقرة ١٣.

(٢) كابيتان فى السبب فقرة ٧٩. قارن بواجيزان (ص١٥٠ – ص١٥٥) وهو يستخلص من هذه العبارات أن دوما يميز بين الباعث الدافع للهبة، ومظهره أن يكون شرطاً مفروضاً فى العقد، وهو يؤثر فى صحة التبرع، وبين الدوافع التى تذكر فى العقد دون أن تفرض شروطاً، وهذه لا تؤثر لاحتمال أن يكون هناك دوافع أخرى حملت على التبرع.

(٣) (Principes de la Juris. fr. suivant l'ordre des actions) القسم الثانى – الباب الثامن – الفصل الثانى.

(٤) كابيتان فى السبب فقرة ٨٠ – ويرى بريفودى لاجانس أن التعهد المكتوب يكون ذا سبب صحيح إذا ذكر المتعهد أنه يقر بمديونيته ويتعهد بالدفع، فالإقرار بالمديونية سبب كاف للالتزام (بواجيزان ص١٥٨ – ص١٥٩).

(٥) فقرة ٤٢.

يكون السبب في الالتزام الذى يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر، أو ما يلتزم بإعطائه له، أو التبعة التي يتحملها. وفي عقود التبرع يكون الجميل الذى يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذى يعقده قبله. أما إذا لم يقم الالتزام على أى سبب، أو ما يعدل ذلك إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام غير صحيح، فالالتزام باطل، ويبطل العقد الذى يتضمنه». ثم ينتقل بوتييه إلى السبب غير المشروع فيقول: «إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام سبباً يجرح العدالة أو حسن النية أو الآداب (cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs)، فالالتزام باطل، ويبطل العقد الذى يتضمنه[1]».

ونرى من ذلك أن بوتييه ردد في وضوح وإسهاب ما سبقه إليه دوما. وإذا كان قد زاد عليه في التفصيل، ففي المسائل الثلاث الآتية: (١) لم يكتف بأن يحدد السبب في العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، بل حدده أيضاً في العقود الاحتمالية وجعله التبعة التي يتحملها المتعاقد. (٢) ذكر في وضوح أن السبب في التبرعات هو نية التبرع، وكان دوما غير واضح في ذلك وضوحاً كافياً كما رأيناه. (٣) أفاض في ذكر السبب غير المشروع وقرنه بالسبب غير الموجود والسبب غير الصحيح، فوضع الأساس لشروط السبب في النظرية التقليدية[2].

وقد نقل قانون نابليون نظرية السبب عن دوما وبوتييه في المواد ١١٠٨ و١١٣١ – ١١٣٣. وصارت هذه النصوص هي الأساس الذى تقوم على النظرية التقليدية في السبب.

هذا هو تاريخ تطور نظرية السبب، أوردناه في شيء من التفصيل حتى تتبين أن هذه النظرية قد انتقلت إلى القانون الحديث وهي تحمل أثراً واضحاً من ذكريات ماضيها، سواء في ذلك النظرية التقليدية أو النظرية الحديثة. وننتقل الآن لبسط نظرية السبب في القانون الحديث.

المبحث الثاني
نظرية السبب في القانون الحديث

٢٦١ – ترتيب الموضوع: انتقلت نظرية السبب كما رأينا من القانون الفرنسي القديم إلى قانون نابليون، فبسطها الفقهاء الفرنسيون على النحو الذى رأيناه عند دوما وبوتييه. وهذه هي النظرية التقليدية في السبب. ولما كانت هذه النظرية عقيمة مجدبة، إذ هي مشبعة بالفكرة الرومانية الضيقة كما قدمنا، فقد انتصب لها خصوم أشداء فندوها وزعزعوا الثقة بها وكادوا أن يقضوا على فكرة السبب كركن من أركان الالتزام. وأثارت هذه

(١) «الالتزامات» فقرة ٤٣.

(٢) وزاد بوتييه أيضاً في أنه ميز بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذى يقصد إليه الملتزم، فوضع بذرة التقسيم الثلاثي للسبب الذى سنراه في النظرية التقليدية.

الخصومة لنظرية السبب التقليدية فقهاء آخرين قاموا ينتصرون لفكرة السبب في ذاتها، سواء في صورتها التقليدية أو في صورة أخرى لها معدلة. ولكن القضاء في فرنسا كان بمعزل عن هذه الخصومات الفقهية، وأخذ من جانبه يعود إلى النظرية الكنسية الخصبة وهي النظرية التي تفسر السبب بالباعث فتجعل للسبب معنى منتجاً فعالاً. ومن ثم قامت النظرية الحديثة في السبب على أنقاض النظرية التقليدية، قامت في أول أمرها على أكتاف القضاء فهو الذى عبد لها الطريق كما رأينا، ثم تبع الفقه القضاء في ذلك. وقد تلقى القانون المدني الجديد النظرية وهي في مرحلة متقدمة من مراحل تطورها، فاستكمل حلقات التطور بفصل نظرية السبب عن نظرية الغلط فصلا تاماً وكانا من قبل يتلاقيان في منطقة مشتركة.

فنحن نتكلم: (أولاً) في النظرية التقليدية. (ثانياً) في النظرية الحديثة. (ثالثاً) في نظرية السبب بعد انتقالها إلى القانون المدني الجديد.

المطلب الأول
النظرية التقليدية في السبب

٢٦٢ – النصوص في القانون المدني الفرنسي وفي القانون المدني المصري القديم: تلقى قانون نابليون نظرية السبب كما بسطها دوما، وانتقلت منه إلى الفقه الفرنسي. وبقي الفقهاء الفرنسيون يقررون هذه النظرية التقليدية طوال القرن التاسع عشر[1]. وسنرى ونحن نبسط ما قرروه أنهم لم يبتعدوا عما قرره دوما وبوتييه مما سبق بيانه.

وقد دخلت النظرية التقليدية في نصوص قانون نابليون على النحو الآتي:

نصت المادة ١١٣١ من هذا القانون على أن الالتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب (sans cause)، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح (fausse cause)، أو على سبب غير مشروع (cause illicite).

ونصت المادة ١١٣٢ على أن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه.

ونصت المادة ١١٣٣ على أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون، أو إذا كان مخالفاً للآداب أو للنظام العام.

وقد نقل القانون المدني المصري القديم عن قانون نابليون هذه النصوص بعد أن أوجزها في نص واحد على الوجه الآتي:

نصت المادتان ٩٤/١٤٨ من القانون المدني المصري القديم على أنه «يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً». والأصل الفرنسي لهذا

(١) أنظر بسطاً وافياً للنظرية التقليدية للسبب في ديمولومب ٢٤ ص٣٢٩ وما بعدها.

النص العربي أدق، فهو يقضي بأن «الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب محقق مشروع»(١)، فجعل السبب شرطاً في وجود الالتزام لا في صحته فحسب.

ونتناول الآن النظرية التقليدية. فنتكلم أولاً في معنى السبب في هذه النظرية وفي الشروط التي يجب توافرها فيه. ثم نستعرض بعد ذلك الحجج التي تقدم بها خصوم السبب في تفنيده، والحجج التي تقدم بها أنصاره في تأييده.

١ – معنى السبب في النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه

أ- تحديد معنى السبب في النظرية التقليدية

٢٦٣ – السبب الإنشائي والسبب الدافع والسبب القصدي: تميز النظرية التقليدية بين السبب الإنشائي (cause efficiente) والسبب الدافع (cause impulsive) والسبب القصدي (cause finale)(٢).

فالسبب الإنشائي هو مصدر الالتزام. وقد عرفنا أن مصادر الالتزام هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون. والسبب بهذا المعنى لا يعنينا هنا، ويجب أن نستبعده.

والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام فمن يشتري منزلا قد يكون الدافع له على الشراء والالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل، أو أن يخصصه لسكناه، أو أن يجعل منه محلا لعمله، أو أن يديره للعهارة، أو أن يجعل منه نادياً للمقامرة، ألخ ألخ. ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الثلاث الآتية: (١) هو شئ خارجي عن العقد (extrinsèque)، فلا يذكر في الاتفاق ضرورة، ولا يستخلص حتما من الالتزام. (٢) هو شئ ذاتي للملتزم (subjectif)، إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع. (٣) هو شئ متغير (variable)، لا في كل نوع من العقود فحسب، بل في كل عقد على حدة، فالباعث للمشتري في عقد غير الباعث للمشتري في عقد آخر. ولما كان الباعث لا يمكن ضبطه على وجه التحديد، فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام، فمهما كان هذا الباعث شريفاً أو غير شريف، متفقاً مع النظام العام أو مخالفاً له، فإن العقد صحيح والالتزام قائم.

والسبب القصدي – وهو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية وإذ أطلقت كلمة السبب عنته بهذه الكلمة – يعرّف عادة بأنه هو الغاية المباشرة (fin directe) أو الغرض

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي: "L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite".

(٢) وقد رأينا أصل هذا التمييز فيما نقله المحشون والبارتوليون عن الفلسفة اليونانية من التمييز بين السبب (cause proxima, finalis) والباعث (causa remota, impulsiva) (أنظر آنفا فقرة ٢٥٦)، وفي التمييز الذي قال به بوتييه بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذي يقصد إليه الملتزم (أنظر آنفاً فقرة ٢٦٠ في الهامش).

المباشر (but immédiat) الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه. فيختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم (causa proxima)، أما الباعث فغاية غير مباشرة (causa remota) تتحقق بعد أن يتحقق السبب، ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام.

٢٦٤ – السبب في الطوائف المختلفة للعقود: وتستعرض النظرية التقليدية الطوائف المختلفة لتحدد السبب – ويفهم دائماً بمعنى السبب القصدي – في كل طائفة منها، على النحو الذي جرى عليه دوما وبوتييه.

ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الآخر. مثل ذلك عقد البيع، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع، وسبب هذا الالتزام – أي الغرض المباشر الذي قصد البائع أن يحققه من وراء التزامه بنقل ملكية المبيع – هو التزام المشتري بدفع الثمن. ويلتزم المشتري بدفع الثمن، وسبب هذا الالتزام – أي الغرض المباشر الذي قصد المشتري أن يحققه من وراء التزامه بدفع الثمن – هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع. وقل مثل ذلك في العقود الأخرى الملزمة للجانبين، كالمقايضة والإيجار وعقد المقاولة وعقد العمل.

وفي العقود الملزمة لجانب واحد، إذا كان العقد عينياً، قرضاً كان أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة(١)، يكون سبب التزام المتعاقد الملتزم هو تسلمه الشئ محل التعاقد. فالمقترض يلتزم برد القرض لأنه تسلمه، وهذا هو الغرض المباشر الذي قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه.

وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً، كالوعد بالبيع، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهائي، وهو الغرض المباشر الذي قصد إلى تحقيقه، وهو بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق(٢).

وفي عقود التبرع السبب في التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها. فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً هو إسداء يد للموهوب له، وهذا هو السبب في تبرعه.

٢٦٥ – خصائص السبب: ويتبين مما تقدم أن خصائص السبب في النظرية التقليدية هي عكس خصائص الباعث. فالسبب شئ داخلي في العقد (intrinsèque) يستخلص حتما من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته. وهو شئ موضوعي (objectif) لا تؤثر فيه نوايا الملتزم. وهو غير متغير (invariable)، فيبقى واحداً في نوع واحد من العقود، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع.

وهذه الخصائص الثلاث هي عين الخصائص التي رأيناها لصيقة بالسبب في الفكرة الرومانية القديمة.

(١) وهذا في غير القانون المصري الجديد الذي ألغى العقود العينية كما رأينا، ولم يبق منها إلا هبة المنقول. ثم هنا بفرض أن العقود العينية ملزمة لجانب واحد كما يذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء.

(٢) كابيتان في السبب فقرة ٢٨.

٢٦٦ – قيام السبب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه: وتحرص النظرية التقليدية على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه. فإذا قام السبب عند تكوين العقد، ثم انقطع قبل التنفيذ، سقط الالتزام. وتظهر أهمية هذا الحكم في العقود الملزمة للجانبين. فإن هذه العقود تتميز بأمور ثلاثة: (١) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما يترتب في ذمته من التزام، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ. (٢) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، وهذه هي نظرية الفسخ. (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمل هو تبعة هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر، وهذه هي نظرية تحمل التبعة. وسنعرض لهذه النظريات بالتفصيل في مواضعها. ويكفي أن نشير هنا إلى أن أصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه النظريات الثلاث على فكرة السبب ووجوب بقائه قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد. فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة، فإن التزام المتعاقد الآخر ينقطع سببه، ومن ثم يستطيع هذا المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، أو أن يطلب فسخ العقد، أو أن يجعل المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه يحمل تبعة هذه الاستحالة بعد سقوط الالتزام الذي انقطع سببه[١].

ب– الشروط الواجب توافرها في السبب

٢٦٧ – شروط ثلاثة: يخلص من النصوص التي أوردناها في القانون المدني الفرنسي وفي القانون المدني المصري القديم أن السبب يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة: (١) أن يكون موجوداً. (٢) وأن يكون صحيحاً. (٣) وأن يكون مشروعاً.

٢٦٨ – وجود السبب: تقول النظرية التقليدية إن كان التزام يجب أن يكون له سبب. ووجود السبب ليس في الواقع شرطاً يجب توافره في شئ، بل هو الشئ ذاته. وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم.

ويغلب في السبب غير الموجود أن يكون سبباً موهوماً وقع غلط في وجوده، فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير موجود. ولكن السبب الموهوم لا يدخل في دائرة هذا الشرط الأول، بل يدخل في دائرة الشرط الثاني كما سنرى. أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود، أي غير واهمين في وجوده. ويصح التساؤل إذن كيف يقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وهما عالمان بذلك؟ تجيب النظرية التقليدية أن هذا يمكن أن يتحقق عند التعاقد وبعد التعاقد.

---

(١) ويلاحظ أن القانون الروماني كان يأبى أن يدفع فكرة السبب في عقد البيع إلى حد أن يتطلب بقاء السبب بعد تكوين العقد، بل كان يقف بفكرة السبب عند تكوين العقد، دون أن يجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ. فلم يكن يسلم بأية نظرية من هذه النظريات الثلاث: الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعة استحالة التزامه (أنظر آنفا فقرة ٢٥٢). فالنظرية التقليدية في السبب متقدمة في هذه الناحية على القانون الروماني.

فهو يتحقق عند التعاقد في فروض مختلفة نذكر منها فرضين: (١) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونيته وهو غير مدين، أي لسبب لا وجود له، كقرض لم يتم، فيكون كل من المتعاقدين على بينة من أن سبب المديونية غير موجود. وفي هذه الحالة يكون العقد الذي يقر فيه المتعاقد المكره بمديونيته باطلاً لانعدام السبب، ولا يكفي أن يقال إنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه. بل قد لا يكون هناك إكراه ويصدر الإقرار بالمديونية قبل تسلم القرض، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلاً، فيكون الإقرار في هذه الحالة باطلاً لانعدام السبب. ويستقيم الفرض حتى لو اعتبر الإقرار إرادة منفردة لا عقداً، فإن السبب ركن في التزام إرادي ولو لم يكن التزاماً عقدياً. (٢) يكون السبب غير موجود، دون أن يكون هناك وهم أو إكراه، فيما يسمى بسند المجاملة (effet de complaisance). وصورته أن يلتزم شخص آخر نحو آخر التزاماً صورياً، فيمضي سنداً لمصلحته، ويقصد من ذلك أن يعطي الدائن الصوري سنداً يحصل على قيمته من طريق تحويله، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصوري بتوريد قيمته إلى المدين، فيدفعها هذا لحامل السند. وبذلك يستطيع الدائن الصوري أن يحصل على ما هو في حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم، لا من مدينه بالذات، بل بفضل إمضاء هذا الدين على سند المجاملة. ولا يحتج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية، ولكن في العلاقة ما بين المدين ودائنه الصوري يستطيع الأول أن يتمسك ببطلان السند لانعدام السبب[١].

ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد التعاقد. ويقع ذلك في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة، فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد، وانعدام السبب بعد وجوده في هذه الأحوال هو الذي يبرز نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا.

٢٦٩ – صحة السبب: ويجب أيضاً أن يكون السبب صحيحاً. فالسبب غير الصحيح (fausse cause) لا يصلح أن يقوم عليه التزام. ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين: (١) إما لأن السبب الظاهر – وهو السبب غير الصحيح – هو سبب موهوم أو مغلوط (cause erronée) (٢) وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صوري (cause simulée).

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة: وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث، فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه في الميراث، فهذا التخارج

---

(١) ويتحقق انعدام السبب، دون وهم أو إكراه، في عقد احتمالي يسمى «كرة الثلج» (boule de neige) (أنظر في ذلك نظرية العقد للمؤلف ص٥٥١ هامش رقم ٣) كما قد يتحقق في سائر العقود الاحتمالية – وهي عقود السبب فيها هو احتمال المكسب والخسارة في كل من الجانبين – فإذا انعدم هذا الاحتمال في جانب انعدام سبب الالتزام، وقد يكون ذلك عن بينة وفي غير إكراه.

باطل لأن سببه موهوم. وارث يمضي إقراراً بدين على التركة ويتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث، فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم. وارث يتعهد لموصى له بعين في التركة أن يعطيه مبلغاً من المال في نظير تنزوله عن الوصية، ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها، فتعهد الوارث باطل لأن سببه موهوم. مدين يتفق مع دائنه على تجديد الدين، فيتبين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه، فالتجديد باطل لأن سببه موهوم.

بقي السبب الصوري. والعقد الذي يقوم على سبب صوري لا يكون باطلاً لصورية السبب، فإن الصورية في ذاتها ليست سبباً في البطلان. ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقي. ويكون الالتزام قائماً أو غير قائم تبعاً لهذا السبب الحقيقي. فإن كان هذا السبب موهوماً سقط الالتزام لأن السبب الحقيقي موهوم لا لأن السبب الظاهر صوري. وإن كان السبب الحقيقي غير مشروع، وقد أخفي تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب، سقط الالتزام أيضاً، لا لصورية السبب الظاهر، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقي. أما إذا كان السبب الحقيقي مشروعاً غير موهوم، فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر[1].

٢٧٠ – مشروعية السبب: ويجب أخيراً أن يكون السبب مشروعاً. والسبب المشروع هو الذي لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للآداب[2]. وقد بينا معنى المخالفة للقانون أو للنظام العام أو للآداب عند الكلام في المحل غير المشروع. ونبين هنا أن مشروعية السبب، عند أصحاب النظرية التقليدية، شرط متميز عن مشروعية المحل. فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع. ويتحقق ذلك في فروض مختلفة، نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية:

(أولاً) إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود يأخذه منه، فإن التزام الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروع، ولكن سببه – وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة – غير مشروع. فلا يقوم هذا الالتزام، لا لعدم مشروعية المحل، بل لعدم مشروعية السبب.

(ثانياً) كذلك إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود، فإن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع. فقد تعهد الأول بعدم ارتكاب الجريمة، وتعهد الثاني بدفع مبلغ من النقود، وكلا المحلين مشروع. ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن

---

(١) أنظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٧).

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يونيه سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص١٧٩. محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م٢١ ص١٣٦ – وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٥٩ – وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م٣٤ ص٨٣ – وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ ٣٤ ص١١٩.

ارتكاب الجريمة هو التزام الثاني بدفع النقود، وهذا سبب غير مشروع. وسبب التزام الثاني بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة، وهذا أيضاً سبب غير مشروع. ومن ذلك نرى أن كلا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب، وهذا بالرغم من أن محل كل منهما مشروع. وكذلك الأمر في كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة آخر ليحمله على الالتزام بما يجب عليه دون إجازة، كالمودع يجيز المودع عنده حتى يرد الوديعة، والمسروق منه يجيز السارق حتى يرد المسروق، وكالمخطوف ولده يجيز الخاطف حتى يرد الولد، وكمن يخشى أذى دون حق من شخص يجيز هذا الشخص حتى يكف عن أذاه.

(ثالثاً) عقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) هو أيضاً عقد سببه غير مشروع، على رأي، وإن كان المحل مشروعاً. فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه، فإن كثيراً من الفقهاء[1] يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة. إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين. فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح، فيكون العقد مشروعاً. أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج، فهذا هو الاتفاق الباطل، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود[2]. والقضاء في مصر غير مستقر، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية[3] ببطلان العقد، لا سيما في بلد كمصر حيث يسهل على «الخاطبة» أن تخدع الزوج، في أمر زوجته بسبب انعزال المرأة عن الرجل[4]. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة[5] بصحة العقد إذ أن الغرض الذي يرمي إليه مشروع، فهو ييسر أمر الزواج، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية ونحن نؤثر الأخذ برأي محكمة النقض الفرنسية، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله تم الزواج أو لم يتم، ويكون باطلاً إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج. فإذا أخذ بهذا الرأي كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقاً غير مشروع. وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل، فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع، أحدهما يلتزم بإعطاء

---

(١) أوبري ورو ٤ ص٥٥٣ – لارو مبيير م ١١٣٢ فقرة ١١ – ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٣ – لوران ١٦ فقرة ١٥٠ – بفنوار ص٥٤١.

(٢) نقض فرنسي في أول مايو سنة ١٨٥٥ داللوز ١٨٥٥ –١–١٤٧.

(٣) محكمة عابدين الجزئية في ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ – وأنظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩.

(٤) ويؤيد هذا الرأي والتون (جزء أول ص٢٨٥ – ص٢٨٨) والدكتور محمد صالح بك (الالتزامات ص٢٥٤).

(٥) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م٣٤ ص٨٣ – وأنظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ ص٩٠.

الأجر والثانى يلتزم بالعثور على زوج صالح، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر فى مقابل أجر، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً فى مقابل هذا الزواج.

٢ – خصوم السبب وأنصاره

أ– خصوم السبب

٢٧١ – الهجوم على النظرية التقليدية: منذ أن استقرت النظرية التقليدية، منقولة عن دوما وبوتييه على النحو الذى بسطناه، بقيت مبعثاً لقلق الفقهاء، يرون فيها ضيق الأفق وقصور المدى وعقم الإنتاج. وأول من جاهر من الفقهاء بذلك كان الفقيه البلجيكى إرنست (Ernst) وكان أستاذاً فى جامعة لييج، كتب مقالا فى سنة ١٨٢٦ فى مجلة (Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste)(١) يبين فيه أن السبب فى النظرية التقليدية ليس ركناً متميزاً، فهو يختلط إما بالمحل فى العقود الملزمة بالجانبين، وإما بالرضا فى عقود التبرع، ويستخلص من ذلك أن السبب لا ضرورة له، وتغنى عنه أركان الالتزام الأخرى. ثم هاجم النظرية بعد ذلك لوران (Laurent)(٢) وكورنيل (Cornil)(٣)، وهما أيضاً فقيهان بلجيكيان. وتابعهما عدد من الفقهاء الفرنسيين هاجموا النظرية مهاجمة عنيفة فى رسائلهم(٤).

ولكن الحملة على نظرية السبب لفتت النظر بنوع خاص عندما انحاز بلانيول إلى خصوم السبب(٥). وردد الأستاذان بودرى وبارد صدى هذه الحملة(٦). وكذلك فعل دابان (Dabin)(٧) والتون(٨).

(١) سنة ١٨٢٦ ص٢٥٠ – ص٢٦٤.

(٢) جزء ١٦ فقرة ١١١.

(٣) فى رسالة عنوانها: «بمناسبة تنقيح القانون المدنى، السبب فى العقود» بروكسل سنة ١٨٩٠:
"A propos de la révision du Code Civil- De La Cause dans les conventions". Bruxelles 1890.

(٤) نذكر منهم أرتير (Artur) فى السبب فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى باريس سنة ١٨٧٨ – تامبال (Timbal) فى السبب فى العقود والالتزامات تولوز سنة ١٨٨٢ – سيفريادس (Séfériadès) بحث انتقادى فى نظرية السبب باريس سنة ١٨٩٧ – أنظر أيضاً هيك الجزآن السادس والسابع.

(٥) الجزء الثانى فقرة ١٠٣٧ – فقرة ١٠٣٩.

(٦) الجزء الأول فقرة ٣٢١ – فقرة ٣٢٧.

(٧) «نظرية السبب» بروكسل سنة ١٩١٩.

(٨) ويقول الأستاذ والتون إن نظرية السبب التقليدية مثار للنقد الشديد، ويتوقع أن التقنين المدنى عند تنقيحه يستبعد فكرة السبب كركن فى الالتزام، ويسير فى ذلك على نهج التقنين الألمانى والسويسرى (والتون ١ ص٥٩ – ص٦٠).

ونقف عند نقد بلانيول لنظرية السبب التقليدية، ففيه خلاصة واضحة للحملات التى قام بها خصوم السبب، وكان هو المعول الفعال فى هدمها.

٢٧٢ – نقد بلانيول لنظرية السبب التقليدية: يقول بلانيول إن نظرية السبب التقليدية نظرية غير صحيحة، ثم هى غير ذات فائدة.

أما أنها غير صحيحة، فذلك يظهر إذا استعرضنا السبب فى فروضه الثلاثة: العقد الملزم للجانبين والعقد العينى وعقد التبرع. ففى العقد الملزم للجانبين لا يجوز القول، كما تزعم النظرية التقليدية، إن سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر، فإن فى هذا استحالة منطقية، ذلك أن الالتزامين يولدان فى وقت واحد من مصدر واحد هو العقد، فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر، لأن السبب يتقدم المسبب، وهما قد نشأ معاً كما رأينا. وفى العقد العينى يقولون إن سبب الالتزام هو تسليم العين، ولكن التسليم ليس إلا المصدر الذى كون العقد فأنشأ الالتزام، فيختلط هنا السبب بالمصدر ويصبحان شيئاً واحداً. وفى عقد التبرع يقولون إن سبب الالتزام هو نية التبرع، وهذا قول خال من المعنى، وإلا فأية قيمة لنية التبرع فى ذاتها إذا لم تقترن بالعوامل التى دفعت إليها!

وأما أن النظرية غير ذات فائدة، فلأننا نستطيع الاستغناء عنها بشئ آخر. ففى العقود الملزمة للجانبين يكفى أن نقول إن الالتزامين المتقابلين مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الثانى، وتغنى فكرة الارتباط فى هذه العقود عن فكرة السبب. وفى العقود العينية وعقود التبرع انعدام السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية هو انعدام التسليم فى العقد العينى وانعدام نية التبرع فى الهبة، وهذا معناه انعدام العقد ذاته، فلسنا إذن فى حاجة إلى تعليل عدم قيام الالتزام بانعدام السبب ما دام العقد ذاته غير موجود.

ب– أنصار السبب

٢٧٣ – الدفاع عن فكرة السبب: أما أنصار السبب فكثيرون منهم من يدافع عن النظرية التقليدية بعد تحويرها، وعلى رأس هؤلاء كابيتان فى كتابه المعروف «السبب فى الالتزامات»(١). ومنهم من يدافع عن فكرة السبب فى ذاتها، ولكنه يهجر فى الدفاع عنها النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التى وضع القضاء أسسها على ما سنرى.

ونبسط هنا دفاع كابيتان عن النظرية التقليدية، ثم نشير فى إيجاز إلى بعض الفقهاء الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة.

٢٧٤ – دفاع كابيتان عن نظرية السبب التقليدية: يمكن القول أن كابيتان هو عميد أنصار النظرية التقليدية للسبب. ولكنه وهو فى صدد الدفاع عنها قد حورها تحويراً جوهرياً فى بعض نواحيها.

(١) أنظر أيضاً علماء الفقه التقليدى كأوبرى ورو وديمولومب وبيدان وبفنوار. وانظر بريسو فى رسالة من بوردو سنة ١٨٧٩، وكولان فى رسالة من باريس سنة ١٨٩٥ وبوناسكو فى السبب سنة ١٩٢٣.

فعند كابيتان أن السبب فى العقد الملزم للجانبين ليس هو الالتزام المقابل ذاته، بل هو تنفيذ هذا الالتزام[1]. ويقول، رداً على ما أخذه بلانيول على النظرية التقليدية من أن الالتزام الواحد لا يمكن أن يكون سبباً ومسبباً، إن تنفيذ الالتزام هو السبب فلا يجوز الاعتراض بعد ذلك بأن الالتزام هو السبب والمسبب. ثم يضيف إلى ذلك أنه حتى لو فرض طبقاً للنظرية التقليدية أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل ذاته، فلا يصح أن يقال مع ذلك أن الشئ الواحد يعتبر سبباً ومسبباً، إلا إذا فهم السبب بمعنى «السبب الإنشائى»، فعند ذلك يستحيل منطقياً أن يكون الشئ منشئاً لشئ آخر وناشئاً فى آن واحد. ولكن السبب هنا معناه «السبب القصدى» أى الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه، ويسهل مع هذا المعنى أن نفهم أن الغرض الذى قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو التزام المتعاقد الآخر بالذات، فكل من المتعاقدين قد التزم حتى يلتزم الآخر، ولا يكون فى هذا خروج على المنطق.

أما الالتزام الذى ينشأ من عقد عينى فسببه هو تسليم الشئ كما تقرر النظرية التقليدية. وهذا صحيح فى نظر كابيتان فى عقود عينية ثلاثة هى القرض والعارية ورهن الحيازة. فإن هذه العقود إذا كانت عينية من حيث الصياغة، فهى من حيث طبيعتها عقود رضائية ملزمة للجانبين. فالمقرض والمقترض مثلا يتفقان على القرض، ويتم العقد بالاتفاق، فيلتزم المقرض بتسليم القرض كما يلتزم المقترض برد مثله. ومن هنا نرى أن التسليم، إذا رجعنا إلى طبيعة العقد، ليس هو حتماً السبب المنشئ للالتزام، بل هو الغرض الذى يسعى إليه المقترض من وراء التزامه برد الشئ. فلا يختلط فى هذه العقود الثلاثة «السبب الإنشائى» و«السبب القصدى» كما يزعم خصوم نظرية السبب. ولا يبقى من العقود العينية إلا الوديعة. وهنا يسلم كابيتان أن الوديعة بطبيعتها عقد عينى ملزم لجانب واحد إذا كانت بغير أجر، ويرى أن سبب التزام المودع عنده ليس هو تسليم الشئ، إذ يختلط بذلك السبب الإنشائى بالسبب القصدى، بل هو رغبة المودع عنده، وقد قبل أن يحفظ الشئ دون مقابل، فى أن يسدى جميلا للمودع. أما إذا كانت الوديعة بأجر فقد أصبحت عقداً ملزماً للجانبين، وصار سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر[2].

(١) ويبنى كابيتان على أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ارتباط مصير كل من الالتزامين المتقابلين بمصير الالتزام الآخر. ويرتب على هذا الارتباط نظريات الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة، فهذه النظريات جميعاً لا يمكن أن تقوم إلا على أساس أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده.

ويحدد كابيتان السبب فى العقد الملزم للجانبين إذا كان احتمالياً بوجود الاحتمال ذاته فى العقد (السبب فقرة ١٨ ص٤٠)، وفى العقد الملزم لجانبين الذى يتوخى فيه جميع المتعاقدين غرضاً مشتركاً، كالجمعيات والشركات، بالغرض المشترك الذى قصد المتعاقدون تحقيقه (السبب فقرة ١٩).

(٢) كابيتان فى السبب فقرة ٢٥ – ويستعرض كابيتان العقود الأخرى الملزمة لجانب واحد: فالوكالة بغير أجر سبب الالتزام فيها هو إسداء جميل للموكل كما فى الوديعة بغير أجر – والوعد بالتعاقد سبب الالتزام فيه هو إتمام التعاقد النهائى – والالتزام بوفاء دين يختلف السبب فيه، فهو تارة يكون فكرة التبرع، وطوراً يكون فكرة التجديد، وثالثة يكون تحويل التزام طبيعى إلى التزام مدنى (ويرى كابيتان =

أما فى عقود التبرع، فسبب الالتزام هو نية التبرع ذاتها (animus donandi) كما تقرر النظرية التقليدية. ولا تختلط هذه النية بالرضاء كما يقول خصوم السبب. فإن إرادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين: العنصر الأول هو إرادته أن يلتزم، وهذا هو الرضاء. والعنصر الثانى هو إرادته أن يكون هذا الالتزام دون مقابل على سبيل التبرع، وهذا هو السبب يتميز عن الرضاء كما نرى. والدليل على ذلك أن العنصر الأول، وهو الرضاء بالالتزام، قد يثبت وجوده دون أن يثبت وجود السبب وهو نية التبرع، كما إذا كتب شخص سنداً بدين فى ذمته لآخر، ثم استطاع أن يثبت أن هذا الدين لا وجود له، فإنه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع فى جانب المدين حتى يستوفى منه قيمة السند. فهذا مثل نرى فيه رضاء المدين بالالتزام ثابتاً دون أن تكون نية التبرع عنده ثابتة. على أن كابيتان لا يقف عند نية التبرع بل يجاوزها إلى الباعث الدافع فيجعله هو السبب فى حالتين: (١) التبرع إذا اقترن بشرط يتبين أنه هو الذى دفع المتبرع إلى تبرعه، كما إذا وهب شخص مالا لجمعية خيرية واشترط على الجمعية أن تنشئ بهذا المال مستشفى أو ملجأ، فإن سبب الهبة فى هذه الحالة لا يكون نية التبرع بل هو القيام بالشرط الذى اقترن به التبرع. (٢) الوصية حيث لا توجد إلا إرادة واحدة هى إرادة الموصى، فلا يجوز الوقوف فيها عند نية التبرع، بل إن الباعث الذى دفع الموصى إليه تبرعه هو الذى يجب اعتباره سبباً للوصية. وفى هاتين الحالتين يسلم كابيتان باختلاط الباعث بالسبب.

ومن ذلك نرى أن كابيتان أدخل تحويراً فى النظرية التقليدية، حيث يجعل الباعث يختلط بالسبب فى الحالتين المتقدمتين، وحيث يحدد السبب فى العقد الملزم للجانبين بأنه هو تنفيذ الالتزام لا وجوده، وحيث يحدد السبب فى عقد الوديعة غير المأجورة بأنه نية التبرع عند حافظ الوديعة. ولكنه مع ذلك يحتفظ بجوهر النظرية التقليدية، فيستبقى التمييز بين السبب والباعث ولا يخلط بينهما إلا فى فروض نادرة[1]، ويجعل المعيار فى تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً، فيكون السبب عنده شيئاً داخلاً فى العقد لا منفصلاً عنه، وهو واحد لا يتغير فى أى نوع من العقود.

٢٧٥ – أنصار السبب الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة: وإلى جانب

= أن الاعتراف بالالتزام الطبيعى ليس تجديداً له بل هو إنشاء لالتزام مدنى السبب فيه هو الالتزام الطبيعى) – والكفالة سبب التزام الكفيل فيها العلاقة بينه وبين المدين، وكذلك الإنابة فى الوفاء، وقد يكون هذا السبب تبرعاً، وقد يكون وفاء لدين فى ذمة الكفيل للمدين أو فى ذمة المناسب للمنيب، أو قرضاً يعطيه الأولى للثانى (كابيتان فى السبب فقرة ٢٦ – فقرة ٣٢).

(١) إلى جانب الحالتين اللتين رأينا كابيتان يخلط فيهما الباعث بالسبب توجد حالة ثالثة يعتد فيها كابيتان بالباعث أيضاً، وذلك إذا أدخل المتعاقدان الباعث فى دائرة التعاقد (champ contractuel)، وأصبح جزءاً من العقد متفقاً عليه. ويختلف كابيتان فى هذا عن النظرية الحديثة. فعنده لا يكفى للاعتداد بالباعث أن يكون معروفاً من المتعاقدين كما تقول النظرية الحديثة، بل يجب أن يكون متفقاً عليه بينهما (كابيتان فى السبب ص٢٤٤).

كابيتان قام فقهاء يدافعون عن فكرة السبب، وينادون بوجوب الاحتفاظ بها، ويخالفون بذلك بلانيول وغيره من خصوم السبب الذين يقولون بوجوب حذف هذه الفكرة من القانون.

ولكن هؤلاء الفقهاء الذين ينتصرون للسبب، ومن أبرزهم چوسران وريپير وديموج وبنكاز، لا يدافعون عن السبب كما هو مبسوط في النظرية التقليدية، بل يتوسعون فيه ويخلطونه بالباعث، ويهجرون النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التي وضع أساسها القضاء الفرنسي، والتي نتولى الآن بسطها.

المطلب الثاني
النظرية الحديثة في السبب

٢٧٦ – وجوب التوسع في تحديد السبب: لم يرض القضاء، وهو الذي يواجه الحياة العملية، عن النظرية التقليدية في السبب. فهي نظرية ضيقة عقيمة لا غناء فيها. وسار في طريق غير طريق الفقه التقليدي، وتوسع في تحديد السبب، فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد. وقد عاد القضاء بذلك عن غير قصد إلى نظرية السبب عند الكنسيين، لأنها هي النظرية التي تنتج في العمل. وما لبث الفقه الحديث أن انضم إلى القضاء في نظريته الجديدة، إذ أدرك مدى ما فيها من خصوبة ومرونة. ولم يكن بد من أن تقترن الإرادة بالباعث الذي يحركها – وهذا هو التصرف المسبب وهو الأصل والقاعدة – أو أن تتجرد عن هذا الباعث، وهذا هو التصرف المجرد ولا يرد إلا على سبيل الاستثناء.

فنحن نتكلم إذن في مسائل ثلاث: (١) استبعاد النظرية التقليدية. (٢) الأخذ بالنظرية الحديثة وهي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد. (٣) التصرف المجرد (acte abstrait).

١ – استبعاد النظرية التقليدية

٢٧٧ – العيب الجوهري في النظرية التقليدية: رأينا أن الصياغة الرومانية الشكلية هي التي ساهمت كثيراً في تكييف نظرية السبب التي تنقلها دوما عن الفقهاء المدنيين فأصبحت هي النظرية التقليدية. والعيب الجوهري في هذه النظرية ليس في أنها غير صحيحة. فهي، حتى لو كانت صحيحة، عقيمة على كل حال. وهي لا تضيف شيئاً إلى الثروة القانونية، إذ هي تحدد السبب في أنواع العقود المختلفة تحديداً آلياً، وتتطلب فيه شروطاً ثلاثة. ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب في صوره المختلفة، لنثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدي الضيق يمكن الاستغناء عنه دون عناء.

٢٧٨ – كيف نستغني عن السبب الموجود: تحرص النظرية التقليدية على أن تشترط وجود السبب، وتستخلص من ذلك أن السبب إذا لم يكن موجوداً فإن الالتزام لا يقوم. وتأتي لذلك بمثلين: مثل من أكره على إمضاء التزام ليس له سبب، ومثل من أمضى سند مجاملة عن بينة واختيار.

فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له، كقرض لم يتم، فإن العقد يكون باطلا. ولا يكفي هنا استظهار الإكراه، فإنه يقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال بينما العقد باطل كما قدمنا. ولكن على أي أساس يقوم بطلان العقد؟ تقول النظرية التقليدية إن الأساس هو انعدام السبب، إذ الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم. على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب. ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة، فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقد القرض، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم، فمحل الالتزام معدوم، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل. وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته، فالتزام المقترض لا يقوم هنا أيضاً لأنه لم يتسلم مبلغ القرض، ولابد من أن يتسلم المقترض مبلغ القرض حتى يلتزم برده، إما لأن القرض عقد عيني لم يتم بالتسليم، وإما لأن القرض عقد رضائي (وفقاً للقانون الجديد) لم يقم فيه المقرض بتنفيذ التزامه[1]. وفي الحالين يسقط التزام من أمضى السند، لا لانعدام السبب، بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل.

أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صوري، فإن قواعد الصورية هنا تكفي وتغنينا عن نظرية السبب. فالسند صوري. والدين لا وجود له فيما بين الطرفين. أما بالنسبة إلى الغير (حامل السند) فيؤخذ بالعقد الظاهر.

على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانباً، واستعرضنا طوائف العقود المختلفة، زدنا يقيناً أن السبب بالمعنى التقليدي يسهل الاستغناء عنه.

فالالتزام في العقد الملزم للجانبين سببه، كما تقول النظرية التقليدية، الالتزام المقابل. ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التي قال بها بلانيول. بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب. ذلك أن انعدام السبب جزاؤه البطلان كما هو معروف، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزاء واحداً في الحالتين، ولكننا نرى أن العقد يبطل في الحالة الأولى ويفسخ في الحالة الثانية، وفي هذا التفريق عيب فني واضح. أما فكرة الارتباط فأكثر مرونة من فكرة السبب. وهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد، إذ منطق الارتباط يقضي بأن العقد لا يوجد. وتسمح فكرة الارتباط في الوقت ذاته أن نقول إن العقد ينقضي بعد وجوده – أي يفسخ – إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد.

أما في العقود العينية وفي التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكاً. إذ تقول هذه

(١) ويعتبر القرض في هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين، يلتزم به المقرض أن يسلم للمقترض مبلغ القرض، ويلتزم به المقرض أن يرد هذا المبلغ للمقترض. فهناك ارتباط ظاهر بين الالتزامين، وسنرى أن فكرة الارتباط في العقود الملزمة للجانبين تغني عن فكرة السبب. فإذا لم ينفذ المقرض التزامه، سقط التزام المقترض لما يوجد من ارتباط بين الالتزامين.

النظرية إن العقد العيني سببه التسليم، فإذا لم يتم التسليم لم يقم الالتزام لانعدام سببه. ومن السهل هنا أن يقال إن الالتزام لا يقوم، لا لانعدام السبب، بل لعدم انعقاد العقد العيني. وتقول النظرية التقليدية إن السبب في التبرعات هو نية التبرع، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يقم التزام المتبرع لانعدام السبب. ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضي أن يتبرع، فرضاؤه يتضمن حتماً نية التبرع. فإذا تبين أن هذه النية منعدمة، فذلك لا يكون إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم، وتكون الهبة باطلة في هذه الحالة لانعدام الرضا لا لانعدام السبب.

٢٧٩- كيف نستغني عن السبب الصحيح: ومن السهل أيضاً أن نستغني عن السبب الصحيح كما استغنينا عن السبب الموجود. فالسبب غير الصحيح، كما رأينا، إما سبب موهوم أو سبب صوري.

وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم، وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعاً عن نظرية السبب بنظرية المحل. فالشخص غير الوارث الذي يتخارج مع وارث يتعامل في حق معدوم، وهذا هو حال دائن التركة الذي يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه، وحال الموصى له الذي يتعامل في الموصى به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصي قد عدل عنها، وحال الدائن الذي يجدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه.

أما السبب الصوري فقد رأينا أنه لا يبطل العقد إلا إذا كان يخفي سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع. وقد فرغنا من السبب الموهوم، فننتقل الآن إلى السبب غير المشروع.

٢٨٠- كيف نستغني عن نظرية السبب المشروع: ومن السهل أن نستغني عن السبب المشروع في العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التي قدمناها. فمن يتعهد بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لعدم مشروعية المحل، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع. ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم بالتزامه لاستحالة المحل، إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الإنشاء، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل. والوسيط الذي يتعهد بالنجاح في العثور على زوج صالح في مقابل مبلغ من النقود قد تعهد بأمر غير مشروع لا يتفق مع الآداب، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع.

أما في العقود العينية والتبرعات، فإن اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم. فالسبب في العقود العينية هو التسليم، ولا يتصور أن يكون التسليم غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع، وعند ذلك لا ينعقد العقد لعدم مشروعية المحل لانعدام مشروعية السبب. والسبب في التبرعات هو نية التبرع، وكيف يتصور أن تكون نية التبرع في ذاتها غير مشروعة! إن وجه الاستحالة في ذلك هو الذي يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية، ومنهم كابيتان، يجنحون إلى اعتبار السبب في التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع. بل إن القانون الروماني ذاته يعتد بالباعث في الوصايا وبعض الهبات كما أسلفنا.

٢٨١- وجوب استبعاد النظرية التقليدية في أية صورة من صورها: ويتبين مما قدمناه، أن النظرية التقليدية في السبب نظرية عقيمة. وهي نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون، إذ يسهل تخريج جميع النتائج التي يراد أن تترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانوني آخر لا علاقة له بالسبب.

ويستوي في ذلك أن تكون النظرية التقليدية كما هي على أصلها، أو أن تكون محورة على النحو الذي يقول به كابيتان. وهناك من الفقهاء من يستبقي النظرية التقليدية، ويقصرها على السبب في الالتزام، ويضع إلى جانبها نظرية القضاء، ويجعلها في العقد لا في الالتزام، وبذلك تمكن المقابلة بين السبب في الالتزام والباعث في العقد[1]. فهذه صور ثلاث للنظرية التقليدية.

وفي أية صورة من هذه الصور الثلاث لا نرى للنظرية التقليدية نفعاً يخول لها حق البقاء، إذ يمكن الاستغناء عنها كما رأينا أياً كان الثوب الذي تلبسه. وما هي إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية القديمة، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة، فوجب أن تزول معها. ووجب في الوقت الذي تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب في ذاتها، على أن تكون هي الفكرة الخصبة المنتجة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد، وهي النظرية التي قال بها القضاء الفرنسي. وننتقل الآن إليها.

الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد

٢٨٢- السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد: لم تستطع النظرية التقليدية أن تواجه الحياة العملية ولم يستطع القضاء وهو الذي يعيش في غمار العمل أن ينتفع بها. لذلك لم يلبث القضاء الفرنسي أن خرج عليها خروجاً صريحاً، فكسر الحواجز التي أقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث، وخلط بينهما خلطاً تاماً، لا في التبرعات فحسب، بل فيها وفي سائر العقود. وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا المنهج مرونة لم تكن لها، وأصبحت النظرية في يده منتجة نافعة لا غنى عنها[2].

فالسبب في نظر القضاء هو الباعث الدافع الموجه (mobile impulsif et déterminant) للملتزم في أن يلتزم. ومادامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات، وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً، وأن يكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٥٢ ص٣٥٠ - فيفورنو في العقد في المشروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المقارن فقرة ١٢٤ ص٤٣٢ - ص٤٣٣ - أنظر أيضاً أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٥ هامش رقم ١ - ديمانت وكولميه دي سانتير ٥ فقرة ٤٦.

(٢) أنظر في المقابلة ما بين جمود النظرية التقليدية ومرونة النظرية الحديثة إلى بنكاز ملحق بودري ٢ فقرة ٥٥٠ وفقرة ٦١٣.

تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب. وبواعث الإرادة كثيرة متنوعة، منها الدافع وغير الدافع، ومنها الرئيسى وغير الرئيسى، فالباعث الدافع الرئيسى هو الذى يعتد به، ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده، إذ يكون هو السبب. بهذا المنطق الصحيح شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة[1]، وساير الفقه الحديث القضاء فى هذا الطريق[2].

وها نحن رجعنا، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملى، إلى نظرية الفقهاء الكنسيين فى السبب. وهى النظرية الخصبة المنتجة التى انحرف عنها دوما إلى النظرية التقليدية، فكان هذا الانحراف سبباً فى كل ما أحاط نظرية السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون الماضية[3].

٢٨٣ – مرونة الباعث وكيف ينضبط: والباعث بالتحديد الذى أسلفناه أكثر مرونة من السبب فى النظرية التقليدية. ويكفى أن نعود إلى خصائص السبب، نضعها إلى جانب خصائص الباعث، لنرى النقيض إلى جانب النقيض. فقد قدمنا أن السبب معياره موضوعى وهو داخل فى العقد لا يتغير فى النوع الواحد من العقود. أما الباعث فمعياره ذاتى وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من البواعث. ومادام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير، كان من الواجب أن ينظر كيف ينضبط، حتى لا يكون مثاراً للتزعزع والقلقلة فى التعامل.

ولا يجوز بداهة أن يعتد بالباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولاً من المتعاقد الآخر، وإلا استطاع أى متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد – وهو أمر مستكن فى خفايا الضمير – من شأنه أن يجعل

(١) أنظر فى تحليل القضاء إلى دابان فى نظرية السبب فقرة ١٥٢ – فقرة ١٦٥.

(٢) ديموج ٢ فقرة ٧٤٦ ص٥٤٣ – ليفى أولمان فى مذكراته فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص٣٢٠ وص٣٢٨ – ص٣٣٤ – بنكاز ملحق بودرى جزء ٢ فقرة ٦٠٨ و٦٠٩ و٦١١ – جوسران ٢ فقرة ١٤٨.

(٣) وليست نظرية الباعث خصبة فحسب فى نطاق القانون المدنى والقانون الخاص بوجه عام، بل هى أيضاً خصبة فى نطاق القانون العام. فنظرية التعسف فى استعمال السلطة فى القانون الإدارى – وهى التى بنى على غرارها نظرية التعسف فى استعمال الحق فى القانون المدنى – إنما هى تطبيق لفكرة الباعث. فإذا كان الباعث للموظف الذى صدر منه القرار الإدارى غير مشروع، كان القرار باطلاً للتعسف فى استعمال السلطة.

وكما جاز أن يقال بالتعسف فى استعمال السلطة الإدارية تطبيقاً لفكرة الباعث، ألا يجوز أن يقال بالتعسف فى استعمال السلطة التشريعية تطبيقاً للفكرة ذاتها؟ فلا يكون العيب فى التشريع أن يكون مخالفاً للدستور فحسب، كما يخالف القرار الإدارى القانون، بل يجوز أيضاً أن يكون التشريع منطوياً على تعسف إذا هو مثلا مس حقوقاً مكتسبة لا ينبغى أن تمس، أو إذا كان تحت ستار أنه قاعدة عامة مجردة لم يتناول فى الواقع إلا حالة فردية ذاتية؟ هذا أمر نكتفى بالإشارة إليه، فليس هنا مكان البحث فيه.

العقد باطلا. فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث، ولا بد من ضابط يرجع إليه فى ذلك. وقد رأينا مثل هذا فى الغلط.

فما هو هذا الضابط؟ أيكفى أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين؟ أو يصح التوسط بين هذين الحدين، فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهما فى الباعث الذى دفع الطرف الأول إلى التعاقد، دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به؟

ونأتى بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة. شخص يقترض نقوداً من آخر ليقامر بها. فالمقرض قد يجهل الغرض الذى أخذ المقترض النقود من أجله، وفى هذه الحالة لا يعتد بالباعث الذى دفع المقترض إلى التعاقد[1]. وقد يكون المقرض صديقاً للمقترض، عالماً بغرضه، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقترض من المقامرة، وهذه هى مرتبة العلم. وقد يكون المقرض مرابياً يستثمر ماله فى إقراض المقامرين، فيكون قد قصد إلى تمكين المقترض من المقامرة، وهذه هى مرتبة المساهمة. وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذى يقامر المقترض معه، فيتفقان على القرض للاستمرار فى المقامرة، وهذه هى مرتبة الاتفاق. فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث؟

رأينا كابيتان يقول بوجوب الوصول إلى مرتبة الاتفاق. فلا يعتد بالباعث إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين، والاتفاق وحده فى نظر كابيتان هو الذى يدخل الباعث فى دائرة التعاقد (dans le champ contractuel)[2]. ولاشك فى أن الفقيه الفرنسى الكبير قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة فى السبب، ولكن دون أن يدخل فى نطاقها، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين المتعاقدين. وإنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة.

أما القضاء الفرنسى فيكتفى بمرتبة العلم، ويعتد بالباعث الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد، مادام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث، كما هى الحال فى الغلط. وسنرى بعد قليل تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسى تدور كلها فى هذا النطاق.

والفقه يميز بين المعاوضات والتبرعات، فيتطلب فى الأولى مرتبة أعلى. ولكن الفقهاء يختلفون فى تحديد هذه المرتبة.

فيذهب جوسران إلى أنه يكفى أن يكون الباعث فى المعاوضات معلوماً من المتعاقد الآخر، حتى يكون فى هذا وقاية للتعامل من أن يتزعزع. أما فى التبرعات فإن

(١) ومع ذلك يعتد ريبير بالباعث حتى إذا انفرد به أحد المتعاقدين ولم يعلمه المتعاقد الآخر، إغراقاً منه فى فكرته المأثورة من وجوب إخضاع التعامل لقواعد الآداب (القاعدة الأدبية فى الالتزامات فقرة ٣٥ ص٦٥).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٤ فى الهامش – وأنظر كابيتان فى السبب ص٢٤٤.

الإرادة التي تقف عندها هي إرادة المتبرع وحده، فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف، سواء في ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كالهبة أو بإرادة واحدة كالوصية. وهو لذلك يعتد بالباعث الذى دفع المتبرع إلى تبرعه، سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولاً منه[1].

ويذهب بواجيزان (Vois-Juzan) إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة في المعاوضات والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات. ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات في أن الأولى يبذل فيها كل من المتعاوضين شيئاً من عنده، فإرادة كل منهما تقوم بدور أساسي في تكوين العقد. ومن ثم وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين في الباعث الذى دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية، وأن تتعاون الإرادتان معاً في تحقيق الغرض غير المشروع. أما في التبرعات فإرادة المتبرع وحدها هي الأساسية، إذ المتبرع وحده هو الذى بذل. ومن ثم جاز الاقتصار على هذه المرتبة السلبية وهي مرتبة العلم، فهي كافية لاستقرار التعامل[2].

وإذا كان الذى يعنينا في انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل، فالقضاء الفرنسي على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة.

٢٨٤ – تطبيقات مقتبسة من القضاء الفرنسي: نستعرض للقضاء الفرنسي بعض تطبيقات للسبب مفهوماً بمعنى الباعث الذى دفع إلى التعاقد، مرجئين القضاء المصري إلى حين الكلام في نظرية السبب في القانون المدني الجديد. ونتبع في هذا الاستعراض التقسيم الثلاثي المعروف للتصرفات إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود عينية وتبرعات.

ففي العقود الملزمة للجانبين، كثيراً ما يبطل القضاء في فرنسا عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع، وإن كان السبب، بالمعنى الذى تقول به النظرية التقليدية، مشروعاً في هذه العقود. فالبيع أو الإيجار، إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشترى أو المستأجر إدارته للعهارة، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشترى أو المستأجر، يكون باطلاً طبقاً لأحكام القضاء الفرنسي. وقد أراد بعض الفقهاء التمييز بين فرضين: (١) منزل معد للعهارة يباع أو يؤجر بعد إعداده، فيعتبر متجراً (fonds de commerce) لا مجرد مكان، وفي هذه الحالة يكون البيع أو الإيجار باطلاً لعدم مشروعية السبب وعدم مشروعية المحل معاً. (٢) ومنزل يباع أو يؤجر قبل أن يعد للعهارة، باعتبار أنه مكان لا متجر، إذا كان قصد المشترى أو المستأجر أن يديره للعهارة، وفي هذه الحالة لا يكون العقد باطلاً طبقاً للنظرية التقليدية التي تميز بين السبب والباعث[3]. ولكن القضاء الفرنسي لم يأخذ

(١) أنظر جوسران في البواعث (Les Mobiles) فقرة ١٥٩ ص٢٠١ وفقرة ١٦٠ ص٢٠٣.

(٢) أنظر بواجيزان (Bois-Juzan) في السبب في القانون الفرنسي ص٥٧٣ – ص٥٨٠.

(٣) لوران ٢٥ فقرة ٦٥ – بودرى وفال ١ فقرة ١٥٧.

بهذا التمييز، فهو يبطل العقد في الفرضين، جاعلاً السبب هو الباعث، جرياً على النظرية التي يأخذ بها[1]. ويفعل القضاء الفرنسي ذلك أيضاً في الأماكن التي تدار للمقامرة، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل[2].

وفي العقود العينية، يبطل القضاء الفرنسي قرضاً يكون قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة أو لم يكن، وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد[3]. ويبطل القرض أيضاً إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقترض من الحصول على منزل يديره للعهارة[4]، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له[5]. وكالقرض رهن الحيازة[6].

أما في التبرعات فقد كان القضاء الفرنسي أشد إمعاناً في جعل الباعث هو السبب. لم يقف عند نية التبرع، بل اعتد بالباعث على التبرع، ونقب عن العوامل النفسية التي دفعت المتبرع إلى التجرد عن ماله دون مقابل، أكان يريد الخير في ذاته، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة، أم يرمى إلى غرض غير مشروع. فإذا تبين أن الباعث الذى دفع إلى التبرع غير شريف أو غير مشروع أبطل التبرع. والتطبيقات على هذا المبدأ كثيرة متنوعة نذكر منها: (أولاً) **التبرع لولد غير شرعي:** يقضي القانون المدني الفرنسي بأن يكون نصيب الولد غير الشرعي في مال أبويه، تبرعاً أو ميراثاً، محصوراً في حدود ضيقة. فإذا زاد التبرع على الحد المفروض كان الإنقاص إلى هذا الحد واجباً.

(١) أنظر كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ١١٣ ص١٥٧ – وانظر أيضاً كابيتان في السبب فقرة ١١٠ – ومن الأحكام الفرنسية التي قضت ببطلان عقد الإيجار إذا كان المستأجر قد قصد إدارة العين المؤجرة للعهارة: محكمة ليون الاستئنافية في ١١ يولية سنة ١٨٦٢ سيريه ٦٣– ٢–١٦٥ – محكمة باريس الاستئنافية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دى باليه ١٩٠٠ –١–١٣٢. وهناك أحكام قضت ببطلان عقد الاستخدام في محل يدار للعهارة: محكمة النقض الفرنسية في ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز – ٩١–١–٨٤. وأحكام قضت ببطلان عقد بيع مفروشات لمحل يدار للعهارة: محكمة السين التجارية في أول مايو سنة ١٨٨٨ جازيت دى باليه ٨٨–١–٧٩٧. وأحكام قضت ببطلان بيع مشروبات اشتراها مرشح في الانتخاب لتقديمها إلى الناخبين حتى يحملهم على انتخابه وكان بائع المشروبات يعرف قصد المشترى: محكمة تارب (Tarbes) الابتدائية في ١٤ مارس سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٤– ٢–٢٠١.

(٢) محكمة بو الاستئنافية في ٢٨ يونية سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧–٢–٦١ (متجر) – محكمة نيس الابتدائية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ جازيت دى تريبينو ١٩١٠ – ١–١١٩ (مجرد مكان).

(٣) نقض فرنسي في ٤ يولية سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢–١–٥٠٠.

(٤) نقض فرنسي في أول ابريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ –١–٢٨٩.

(٥) نقض فرنسي في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ –١–١٧٢.

(٦) أنظر مذكرات الأستاذ ليفي أولمان في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص٣٢٧.

أما إذا كانت البنوة غير الشرعية ليست ثابتة قانوناً، فالتبرع جائز ولو زاد على الحد، مادام لم يثبت أن التبرع قد كان لولد غير شرعي. ولكن القضاء الفرنسي يبطل التبرع إذا ظهر أن الباعث للمتبرع على تبرعه هي علاقة بنوة غير شرعية، فيجعل الباعث هو السبب، ولا يكتفى بإنقاص التبرع إلى الحد الجائز، بل يبطله جميعه[1]. (ثانياً) **تبرع الخليل لخليلته:** ويبطل القضاء الفرنسى تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد كان لإيجاد هذه العلاقة غير الشريفة أو لاستبقائها أو لإعادتها[2]. أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت، فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً، بل هو فى الواقع يعتبر وفاء لالتزام طبيعى[3]. وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى محل الالتزام المخالف للآداب. (ثالثاً) **تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه انفصالاً ودياً:** انفصال الزوجة عن زوجها (séparation des corps) فى القانون الفرنسى لا يكون إلا بعد اتباع إجراءات خاصة نص عليها هذا القانون، أو يكون بالطلاق. وفيما عدا هاتين الحالتين فالاتفاق ما بين الزوجين على أن ينفصل أحدهما عن الآخر (séparation de fait) دون اتباع الإجراءات المرسومة لذلك يكون غير مشروع. فإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بهذا الانفصال الودى يكون سبب تبرعه، أو الباعث عليه، غير مشروع، ويبطل التبرع[4]. (رابعاً) **التبرع المقرون بشرط:** إذا اقترن التبرع بشرط غير مشروع، بطل الشرط، وبقى التبرع، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٠٠ من القانون المدنى الفرنسى. إلا أن القضاء الفرنسى قيد من هذا الحكم بفضل نظريته فى السبب. فقد ميز فى الشرط الذى يقترن به التبرع بين شرط دافع وشرط غير دافع، فالثانى وحده هو الذى يطبق عليه نص المادة ٩٠٠ ويبطل إذا كان غير مشروع مع بقاء التبرع قائماً. أما الشرط الدافع إلى التبرع، أى الباعث على هذا التبرع، فقد اعتبره القضاء سبباً لالتزام المتبرع، ويترتب على ذلك أنه إذا كان غير مشروع، فإن التبرع جميعه يكون باطلاً، ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط[5].

---

(١) نقض فرنسى فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٧-١-٤٩٢ – وفى ٢٩ يونية سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧-١-٣٥٨.

(٢) نقض فرنسى فى ٨ يولية سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٧-١-٢٩٤ – وفى ٨ يونية سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧-١-١١٣.

(٣) نقض فرنسى فى ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩١٨-١-١٧٠.

(٤) نقض فرنسى فى ٢ يناير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧-١-١٣٧.

(٥) نقض فرنسى فى ١٧ يولية سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤-١-٣٠٥ – وفى ٨ مايو سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ -١-٢٢٠ – وفى ٢٣ يولية سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٥-١-٤٩– وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٢ -١-٢٣٩.

٣- التصرف المجرد
(L'acte abstrait)

٢٨٥- التصرف المسبب والتصرف المجرد: قدمنا أن السبب ركن من أركان الالتزام، لا يقوم الالتزام إلا به، على فرق ما بين معنى السبب فى النظرية التقليدية ومعناه فى النظرية الحديثة. وقد كان القانون الرومانى لا يعتد بالسبب ولا بالإرادة ذاتها فى العقود الشكلية. ثم انتصر مذهب الرضائية فى القرون الوسطى على يد الكنسيين، فأصبحت الإرادة وحدها – مجردة من الشكل – ملزمة. ولكن الإرادة إذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتحللت من هذا القيد، فهى من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل.

أما الإرادة مجردة من الشكل ومن السبب معاً فلا يمكن أن يسلم بها كقاعدة فى قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية. فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن تقترن بسببها. ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذى حرك هذه الإرادة، ولا يبقى فى مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد.

وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للإبطال لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب. فالدائن فى التصرف المجرد يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف لعيب فى الإرادة أو لعيب فى السبب. وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائنه، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد وفى الدين، أو يسترد ما دفع إذا كان قد وفى. ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار. وإذا كان التعامل يتنازعه عاملان، عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار، فإن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثانى. ومنذ انتكصت الشكلية فى العقود وساد مذهب الرضائية، انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقده إلا بظهور التصرف المجرد ففيه ينتصر على الإرادة ما رأينا. ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلى إلى تصرف رضائى، ثم من تصرف رضائى إلى تصرف مجرد، تطوراً تعاقب فيه عاملا الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة، كان الظفر فى كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر. ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعاً مهذباً إلى التصرف الشكلى، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار، ولكن التصرف الشكلى يستجيب إليه فى جمعية بدائية، ويستجيب إليه التصرف المجرد فى جمعية متحضرة.

على أن التصرف المجرد – على شدة الحاجة إليه فى استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها واحتيج إلى أدوات ائتمان ثابتة – لم يظفر من القوانين

اللاتينية، وهى التى تأخذ بالإرادة الباطنة، إلا بمكان ضيق محدود. وعلى النقيض من ذلك ظفر التصرف المجرد فى القوانين الجرمانية، وهى التى تأخذ بالإرادة الظاهرة، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة. ولا غرابة فى ذلك، فقد بينا أن التصرف المجرد يتمشى مع الإرادة الظاهرة التى تأخذ بها القوانين الجرمانية[1]. ويتعارض مع الإرادة الباطنة التى تأخذ بها القوانين اللاتينية.

ويبقى أن نستعرض حظ التصرف المجرد فى كل من القوانين الجرمانية والقوانين اللاتينية ويدخل القانون المصى فى هذه القوانين الأخيرة.

٢٨٦- التصرف المجرد فى القوانين الجرمانية: لا نجد فى التقنينات الجرمانية نصوصاً تعرض لنظرية السبب عرضاً مباشراً كما تفعل التقنينات اللاتينية. فالتقنين النمساوى لا يشير إلى السبب إلا فى المادة ٩٠١ ليقرر أن الباعث لا أثر له فى صحة عقود المعاوضات إلا إذا جعل منه المتعاقدان شرطاً صريحاً لصحة العقد. والتقنين الألمانى لا يعرض للنظرية بنص صريح. وتقنين الالتزامات السويسرى لا يعرض لها إلا فى صورة عرضية عندما ينص فى المادة ١٧ على أن الاعتراف بالدين صحيح حتى لو لم يذكر سببه. ويعلل ذلك عادة بأن هذه التقنينات تأثرت بالقانون الرومانى. وهذا القانون كما رأينا لا يفسح مجالاً واسعاً لنظرية السبب إذ أن فكرة السبب فيه فكرة مادية لا تتبين لها نتائج عملية إلا فى نطاق محدود، وبخاصة فى نطاق دعاوى الإثراء. ولكن بالرغم من أن هذه التقنينات لا تنص على نظرية السبب نرى التصرفات فيها نوعين: النوع الأول هو التصرفات المسببة (Kausale Rechtsgeschaefte) وهى أغلب التصرفات المدنية وفيها السبب ركن يجب أن تتوافر فيه شروطه المعروفة فيكون صحيحاً مشروعاً، والنوع الثانى هو التصرفات المجردة (Abstrakte Rechtsgeschafte) لا يعتد فيها بالسبب ولا بعيوب الإرادة وقد وضعت لها قواعد عامة سيأتى بيانها.

(١) يفسر الدكتور أبو عافية – فى رسالته «التصرف المجرد» القاهرة سنة ١٩٤٧– التصرف المجرد على أساس الإرادة الظاهرة. وعنده أن التصرف المجرد هو التصرف الذى يصح بغض النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة (فقرة ٨٤ من الرسالة المشار إليها). ويرتب على ذلك أن التصرف المجرد «نظام استثنائى خارج على القواعد العامة، ولا فرق فى ذلك بين القانون الألمانى والقانونين المصرى والفرنسى» (فقرة ٨٥). ويرفض أن يكون المعيار فى التصرف المجرد هو تجرده عن السبب، ويذهب إلى أن المعيار هو تجرد التصرف عن الإرادة الباطنة ليتمحض إرادة ظاهرة.
ونلاحظ على هذا المذهب أن التصرف المجرد وهو يتجرد عن الإرادة الباطنة يتجرد فى الوقت ذاته عن السبب، وذلك سواء اعتبر السبب عنصراً مستقلاً عن الإراة الباطنة كما هى الحال فى القوانين اللاتينية، أو اعتبر عنصراً غير مستقل عن الإرادة الباطنة وعد من مقومات هذه الإرادة كما هى الحال فى القانون الألمانى. فالتصرف المجرد يتميز فى جميع الأحوال بتجرده عن السبب. على أن المذهب الذى يقول به الدكتور أبو عافية يضيف شيئاً جديداً، هو أن التصرف المجرد يتميز لا بتجرده عن السبب فحسب، بل أيضاً بتجرده عن الإرادة الباطنة ذاتها.

فالسبب لا يزال إذن موجوداً فى القوانين الجرمانية، ولكنه سبب بالمعنى المفهوم فى النظرية التقليدية يراد به الغرض الموضوعى المباشر من التعاقد تمييزاً له عن الباعث، ويشترط فيه أن يكون صحيحاً مشروعاً وإلا بطل العقد. أما الباعث فلا أثر له فى صحة العقد ولو كان هو الذى دفع إلى التعاقد[1].

وإلى جانب التصرفات المسببة توجد التصرفات المجردة، وقد أفسح لها مجال واسع كما قدمنا. وهى طائفتان: طائفة عقود انتقال الملكية وطائفة العقود المنشئة للالتزامات.

فالأولى تنتقل بها الملكية – والحق العينى بوجه عام – دون اعتبار للسبب. ذلك أن الملكية فى هذه التقنينات لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها، بل لابد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقارى ويعلنان اتفاقهما ويسجلان هذا الاتفاق فى السجل العقارى (Livre Foncier). وعقد انتقال الملكية، فى القانون الألمانى بنوع خاص، عقد مجرد، تنتقل به الملكية سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً. وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً وأن الملكية انتقلت دون سبب، فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من

(١) أنظر كابيتان فى السبب فقرة ٨٣– فقرة ٨٤ وبنوع خاص ص١٨١ – ص١٨٢. ويستعرض الدكتور أبو عافية فى رسالته المشار إليها (فقرة ٤١ وما بعدها) نظرية السبب فى القانون الألمانى من ناحيتى التصرف المجرد ومبدأ الإثراء بلا سبب. فيبدأ بتحديد ما يسميه الألمان «الإضافة إلى الذمة» (vermogenszuwendug)، وهى عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يتحقق لصالح شخص بمقتضى عمل إرادى مشروع (تصرف قانونى أو عمل مادى) يصدر من المفتقر. وسبب «الإضافة إلى الذمة» هو عبارة عن الغرض المباشر الذى يرمى إلى تحقيقه المضيف للذمة. ويحدد هذا السبب وفقاً للفقه الألمانى على أساس تقسيم ثلاثى للسبب موروث عن دعاوى الإثراء فى القانون الرومانى، يكون السبب بمقتضاه إما الوفاء (causa solvendi) أو الإدانة (causa credendi) أو التبرع (causa donandi). والإدانة هى التصرف بمقابل، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه استرداد ما أعطاه المضيف أو استرداد قيمته كما فى القرض وفى الوكالة، وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما فى العقود الملزمة للجانبين فالبائع يحصل على دين بالثمن فى مقابل التزامه بنقل ملكية المبيع. ولا يختلط سبب الإضافة إلى الذمة بالباعث عليها. ويلاحظ الفقيه الألمانى فون تور أنه «لا يجب الخلط بين السبب القانونى والأغراض البعيدة التى يرمى إليها المضيف، أى البواعث (Beweggrunde) التى تدفعه إلى تنفيذ التزامه أو إلى الحصول على مقابل أو إلى الهبة. فوراء كل سبب قانونى بواعث تختلف باختلاف الأحوال. فالهبة مثلا قد تتم بناء على عطف أو بسبب الرأى العام، ولكن هذه البواعث لا تدخل فى حسابنا كقاعدة عامة لتقدير وجود الإضافة ونتائجها القانونية إلا إذا كانت قد اشترطت فى التصرف القانونى». وسنعود إلى هذه المسألة مرة أخرى عند الكلام فى الإثراء بلا سبب وتحديد معنى السبب فى الإثراء فى القانون الألمانى. ويكفينا هنا أن نشير إلى التقارب الواضح بين معنى السبب فى النظرية التقليدية ومعنى سبب الإضافة إلى الذمة فى الفقه الألمانى.
أنظر أيضاً فى نظرية مادة للسبب فى الفقه الإيطالى، على أساس أن السبب يرتبط بإرادة القانون لا بإرادة الأفراد وباعتبار أن لكل تصرف وظيفة قانونية فهذه الوظيفة هى السبب، إلى رسالة الدكتور أبو عافية المشار إليها فقرة ٣٦.

تلقاها هي دعوى الإثراء بلا سبب. وبذلك يتوافر لهذا العقد مزية الاستقرار والثبات فما على الشخص حتى يتثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقاري، فمن كان اسمه مسجلاً فيه كان هو المالك، ولو كان في ذلك تضحية للمالك الحقيقي- أما التقنين السويسرى فلا يحمى الغير الذى اعتمد على السجل العقارى إلا إذا حسن النية (م٩٧٣ من التقنين السويسرى). ومن ثم نرى أن التجريد يحتمل التدرج. وتأييداً لذلك نسوق مثلاً آخر به من القانون المصرى. فقد قضت المادة ١٥ من قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى بوجوب تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية أو التأشير بها، ويترتب على هذا التسجيل أو التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها، **ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما**. ويتبين من ذلك أن من يتعامل مع غير المالك في عقار وهو حسن النية، ويسجل عقده قبل أن يسجل المالك دعوى الاستحقاق، يفضل على المالك وتخلص له ملكية العقار. والقاعدة كما نرى تنطوى على ضرب من التجريد.

والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزامات. وتشمل: (أولا) حالات معينة بذاتها، منصوصاً عليها. وهي - عدا الأوراق التجارية والسندات - حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والإنابة في الوفاء. وفي هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذى رأيناه في عقود انتقال الملكية. فيتم نقل الحق أو الدين ويتحقق التنازل عن الحق الشخصى دون اعتبار للسبب في هذه الحوالة أو في هذا التنازل، فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء. كذلك التزام المناب للمناب لديه بالوفاء التزام مجرد عن السبب، فلا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بما كان له أن يحتج به من دفوع ضد المنيب (أنظر في التقنين الألمانى: م٣٩٨ وم٤١٣ لحوالة الحق، وم٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين، وم٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصى، وم٧٨٤ للإنابة في الوفاء - وانظر في تقنين الالتزامات السويسرى: م١٦٤ وما بعدها لحوالة الحق، وم١٧٩ فقرة ثالثة لحوالة الدين، وم١١٥ للتنازل عن الحق الشخصى، وم٤٦٨ للإنابة في الوفاء). (ثانيا) التعهد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de payer) والاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette)، وهما الصورتان العامتان للتصرف المجرد. فتضع التقنينات الجرمانية هنا قاعدة عامة للتصرف المجرد، وتجيز أن يتفق الدائن مع مدينة على أن يكون التزام المدين أو اعترافه بالدين مجرداً. فيوجد الالتزام في ذمته منفصلاً عن السبب، ويقوم هذا الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود أو غير مشروع. وليس للمدين إلا دعوى الإثراء إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح، فيتخلص بذلك من التزام موجود أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام[1]. واشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين الألمانى لصحة الالتزام المجرد أن

(١) وقد عبد الطريق أمام التقنين الألمانى في إجازة الالتزام المجرد أن المؤتمر التاسع لفقهاء الألمان، تحت تأثير إهرنج الفقيه الألمانى المعروف، أقر هذا الضرب من الالتزام.

يكون في ورقة مكتوبة، إلا إذا كان تصفية لحساب أو عن صلح فلا تشترط الكتابة. ولا يشترط تقنين الالتزامات السويسرى الكتابة إطلاقاً (م١٧)[1].

٢٨٧- التصرف المجرد في القوانين اللاتينية وفي القانون المصرى: أما القوانين اللاتينية، وهي مشبعة بنظرية السبب كما رأينا، فلا تسلم بالتصرف المجرد. أو هي على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية. وإذا كان هناك نص في كل من القانونين المصرى والفرنسى يقضى بقيام الالتزام ولو لم يذكر سببه (م١٣٧ من القانون المصرى الجديد وم١١٣٢ من القانون الفرنسى)، فسنرى أن هذا النص لا يعرض إلا لمسألة من مسائل الإثبات ليلقى عبء الإثبات في السبب على عاتق المدين. وهناك فرق بين التزام مسبب، يلقى على المدين عبء إثبات انعدام السبب، والتزام مجرد عن السبب. فالالتزام الأول، إذا أثبت المدين أنه لا يقوم على سبب مشروع، يكون العقد فيه باطلاً. أما في الالتزام الثانى، وهو الالتزام المجرد، فيبقى العقد صحيحاً حتى لو أثبت المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته، وليس أمام هذا إلا دعوى الإثراء كما سبق القول.

فالالتزام في القوانين اللاتينية هو إذن التزام مسبب. على أن هذه القوانين تقر الالتزام المجرد في حالات معينة منصوص عليها بذاتها، وهي قليلة العدد. وقد نص القانون التجارى - حيث تشتد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته - على عدد منها، هي الكمبيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها. أما القانون المدنى فقد نص على حالتين: التزام المناب في الوفاء نحو المناب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن.

ونقتصر هنا على ما ورد في هذا الصدد في القانون المدنى المصرى الجديد. فقد نصت المادة ٣٦١ على أن «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب. كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره»[2]. أما في الكفالة

(١) أنظر في موضوع التصرف المجرد في القوانين الجرمانية كابيتان في السبب فقرة ٨٥- فقرة ٨٦ وفقرة ١٦٥ - فقرة ١٧٤ - سالى في الالتزامات في القانون الألمانى فقرة ٢٦٠ - فقرة ٢٦٦ - مذكرات الأستاذ ليفى أولمان ص٣٦١ - ص٣٦٤ - فيفورنو فقرة ١٢٨- ديموج ١ فقرة ٩١ و٢ فقرة ٨٤٧. ويربط ديموج نظرية الالتزام المجرد بنظرية الإرادة الظاهرة كما فعل الدكتور أبو عافية في رسالته المشار إليها، فما دمنا نأخذ بالإرادة الظاهرة كما هي فلا شأن لنا بالغاية التى تسعى إليها هذه الإرادة ولا بالباعث الذى حركها (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٠).

(٢) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٠٨ - وفي ٤ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٠١- وفي ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٩١ - وقارن حكما لمحكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٦١ قصرت فيه هذه القاعدة على الإنابة الكاملة دون الإنابة غير الكاملة (وهي التى لا تنطوى على تجديد الدين)، أما القانون الجديد فنصه هو كما رأينا عام مطلق لا يميز بين الإنابة الكاملة والإنابة غير الكاملة. أنظر أيضاً الدكتور أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٦٢.

ويذهب الدكتور أبو عافية (التصرف المجرد فقرة ٦١) إلى أن المناب لا يجوز له أيضاً أن يتمسك =

فللكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين (م٧٨٢ مصرى جديد)، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين. ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التي له أن يتمسك بها ضد المدين. فإذا كفل الكفيل المدين فى نظير أن يوفي المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يثقل عقار الكفيل، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن[1].

ويتبين مما قدمناه أن القانون المصرى قد انحاز انحيازاً تاماً إلى القوانين اللاتينية، وبقى فى حظيرتها كما أسلفنا الإشارة. فاشترط فى التصرفات أن تكون مسببة، ولم يسلم بالتصرف المجرد إلا فى حالات معينة بذواتها[2].

=بالدفوع التى تكون للمنيب قبل المناب لديه، فلو دفع المنيب الدين المناب لديه فإن هذا لا يمنع المناب لديه أن يطالب المناب بالدين الذى التزم به، ويرجع المنيب فى هذه الحالة بدعوى الإثراء على المناب لديه. ونرى، مع محكمة الاستئناف المختلطة (أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص٧٨) التى انتقد الدكتور أبو عافية حكمها، أن المنيب إذا دفع الدين للمناب لديه كان هذا رجوعا فى الإنابة يستطيع المناب أن يتمسك به، فإذا طالب المناب لديه بعد ذلك المناب بالدين، جاز لهذا أن يدفع المطالبة بانقضاء الدين، وليس فى نص المادة ٣٦١ من القانون الجديد ما يحول دون هذا الدفع. ولكن إذا حول المناب لديه حقه قبل المناب إلى أجنبى، بقى التزام المناب مجرداً بالنسبة إلى هذا الأجنبى – ذلك أن التصرف المجرد إرادة ظاهرة تجردت عن الإرادة الحقيقية وعن السبب، وفقاً لما يقضى به القانون لمصلحة يتوخاها. فالقانون هو الذى يمسك بزمام التجريد، فلا يبيحه إلا لضرورة، ويقدر هذه الضرورة. ومن ثم تدرج التجريد تبعاً للقدر الذى تقتضيه الضرورة. وفى المثال السابق يزول التجريد بالنسبة إلى المناب لديه لأن الضرورة لا تقتضيه، ويبقى بالنسبة إلى الأجنبى لأن الضرورة تستوجب بقاءه.

(١) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٧٠– الدكتور أبو عافية فى التصرف المجرد فقرة ٥٩ – فقرة ٦٠.

(٢) ويلاحظ أن الشرائع التى تأخذ بالإرادة الظاهرة يغلب ألا تفسح مجالاً واسعاً لنظرية السبب، وتكون فكرة السبب عندها فكرة مادية، وتقر التصرف المجرد. رأينا ذلك فى القوانين الجرمانية، ونقول الآن كلمة موجزة عن الشريعة الإسلامية وعن القانون الإنجليزى.

فالشريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد. ويظهر أن هذا هو الذى منع من تقدم نظرية السبب فيها مع أنها شريعة مشبعة بالروح الدينية والخلقية كالقانون الكنسى الذى هو المصدر الأول لنظرية السبب الحديثة. وإذا أمكن أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامى نظرية للسبب، فهذه النظرية لا يمكن إلا أن تكون نظرية مادية. ويستطيع الباحث أن يستخلص من نصوص الفقه الإسلامى التمييز ما بين الغرض المباشر الذى قصد المتعاقدان الحصول عليه من العقد وبين الباعث على التعاقد. فالباعث لا أثر له فى صحة العقد إلا إذا ذكر صراحة وأصبح جزءاً من الاتفاق (أنظر بحثاً فى هذه المسألة فى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٢).

والقانون الإنجليزى كالشريعة الإسلامية نظرية السبب فيه نظرية مادية. والعقود عنده إما شكلية وهذه يكفى فى صحتها الشكل وحده، وإما رضائية وهذه لابد فيها من وجود اعتبار (consideration) وهو ما يقابل السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية، أى السبب المادى الداخلى الذى لا يتغير. ويختلف «الاعتبار» عن «السبب» فى أمرين: (١) الفكرة فى الاعتبار ليست هى الغنم الذى حصل=

المطلب الثالث
نظرية السبب فى القانون المصرى الجديد

٢٨٨– مسائل ثلاث: تلقى القانون الجديد النظرية الحديثة فى السبب ميراثاً عن القانون القديم والقضاء المصرى، فقد كان الفقه والقضاء فى مصر، قبل صدور القانون الجديد، قد عبد الطريق لنبذ النظرية التقليدية الضيقة وتلقى النظرية الحديثة الخصبة. ولكن القانون الجديد خطا خطوة أخرى إلى الأمام، إذ أرجع السبب سيرته الأولى عندما كان فى يد الفقهاء الكنسيين عاملاً لحماية المشروعية قبل أن يكون عاملاً لتحصين الإرادة من عيوبها. ففصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط، واقتصر فى شروط السبب على المشروعية دون الصحة. ثم عرض فى نص هام لإثبات السبب.

فنحن نستعرض هنا مسائل ثلاثا: (١) اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة فى السبب. (٢) الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط فى القانون الجديد. (٣) إثبات السبب.

١ – اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة فى السبب

٢٨٩– النصوص القانونية: نص القانون الجديد فى المادة ١٣٦ على ما يأتى:

«إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً»[1].

وكان القانون القديم ينص فى المادتين ١٤٨/٩٤ على أنه «يشترط لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً».

ونلاحظ منذ الآن الفرق ما بين النصين. فنص القانون القديم يشترط فى السبب الصحة والمشروعية. أما نص القانون الجديد فلا يشترط إلا المشروعية، إذ السبب غير الصحيح يدخل فى منطقة الغلط كما قدمنا.

=عليه الملتزم من وراء التزامه كما هو الأمر فى السبب، بل هو الغرم الذى الذى تحمله الدائن حتى يحصل على التزام المدين (٢) نية التبرع لا تصلح «اعتباراً» فى القانون الإنجليزى وتصلح «سبباً» فى النظرية التقليدية. ومن هنا كانت عقود التبرع فى القانون الإنجليزى شكلية لخلوها من «الاعتبار» (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦١).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادتين ١٨٩ و١٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه المبين: م١٨٩: يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع – م١٩٠: يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب. وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة على الوجه الآتى: «إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً». وأصبح رقم المادة ١٤٠ فى المشروع النهائى – ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وكذلك فعلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، وأصبح رقم المادة ١٣٦. ووافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٦ – ص٢٢٨).

ولم يصرح القانون الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذى يقصده من «السبب». ولكن لاشك فى أنه يعتنق النظرية الحديثة، وينبذ النظرية التقليدية. فقد كان هذا هو شأن القانون القديم، وهو لا يزيد فى صراحة التعبير عن القانون الجديد. وكان الفقه والقضاء فى مصر يفسران عبارات القانون القديم على معنى النظرية الحديثة لا على معنى النظرية التقليدية. ولم يقطع القانون الجديد صلته بهذه التقاليد، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضائين المصرى والفرنسى. وقد ذكر ذلك صراحة فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ ورد فيها ما يأتى: «لم ينهج المشروع نهج التقنينات الجرمانية بشأن نظرية السبب، بل اختار على النقيض من ذلك مذهب التقنينات اللاتينية وانتصر معها لهذه النظرية. والواقع أن السبب كما يصوره القضاءان الفرنسى والمصرى بمعنى الباعث المستحث يدخل فى نطاق القانون المدنى عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يحد من نزعته المادية، وهى بعد نزعة يشتد طغيانها فى بعض الأحيان»[1]. وجاء فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتى: «يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر. فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات»[2].

فالسبب إذن، فى نظر القانون الجديد، هو الباعث الدافع إلى التعاقد (cause impulsive) لا مجرد الغرض المباشر المقصود فى العقد (cause finale). وهو أمر نفسى خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث. وكل ما أوردناه عن النظرية الحديثة فى السبب ينطبق فى القانون الجديد. ولابد فى القانون الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد الآخر، فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته أن يعلم به، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به، ويكون العقد صحيحاً، ويقوم لا على الإرادة الحقيقية فهى غير مشروعة، ولكن على الإرادة الظاهرة، شأنه فى ذلك شأن العقد الذى يقوم على إرادة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٥. وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى تعديلين استحدثهما القانون الجديد فقالت: «ورغم أن المشروع قد التزم حدود التصوير التقليدى للسبب كما ارتسمت معالمه فى التقنينات اللاتينية، إلا أنه عرض له بتعديلين متفاوتى الأهمية. فيراعى أولا أنه اقتصر على رد عدم مشروعية السبب إلى تعارضه مع النظام العام أو الآداب دون أن يشير إلى مخالفته لنص من نصوص القانون. وهو بإغفال هذه الإشارة يخالف ما اتبعه التقنين الفرنسى وأكثر التقنينات اللاتينية معتدا فى ذلك بعين الاعتبارات التى أملت عليه مسلكه فيما يتعلق بعدم مشروعية المحل. والواقع أنه قد يؤخذ على الإشارة إلى مخالفة السبب لنص من نصوص القانون إفراطها فى السعة أو تجردها من الفائدة. فهى تجاوز حدود المقصود إذا صرفت عبارة «نص القانون» إلى الأحكام التشريعية كافة. وهى تصبح عديمة الغناء إذا اقتصر المقصود من هذه العبارة على الأحكام الآمرة التى لا يجوز الخروج عليها بمشيئة الأفراد. ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر «السبب الصحيح»، وهو ما يكون غير مطابق للواقع، وهذا هو أهم التعديلين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٧.

معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به، وقد مر بنا ذلك[1].

وهذه النظرية الحديثة التى أخذ بها القانون الجديد سبقه إليها، كما قدمنا، الفقه والقضاء فى مصر. ونعرض الآن لكل منهما.

٢٩٠ – الفقه فى مصر: أخذ بعض الفقهاء فى مصر بالنظرية التقليدية فى السبب، ونقلوها عن الفقهاء الفرنسيين كما أوردناها فيما تقدم[2].

ولكن كثرة الفقهاء جاوزوا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة، وهى نظرية القضاء الفرنسى، فآثروها على النظرية التقليدية[3].

وهناك من الفقهاء من قال بازدواج السبب، فاستبقى النظرية التقليدية وأكملها بالنظرية الحديثة على غرار التقنين اللبنانى[4].

ونحن لا نرى مقتضياً لاستبقاء النظرية التقليدية وتكميلها بالنظرية الحديثة. وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا نفع فيها والاستغناء عنها ميسور. هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين يختلفان كل الاختلاف فى النزعة وفى الأصل التاريخى. وقد رأينا أن إحداهما تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين فى القرون الوسطى وهى تحمل أثر الصنعة الرومانية، والأخرى تلقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد

---

(١) وقد يقال أيضاً – كما قيل فى صدد الغلط والتدليس والإكراه – إن العقد يقوم لا على التراضى، بل على سبيل التعويض.

(٢) أنظر الدكتور عبد السلام ذهنى بك فى النظرية العامة فى الالتزامات ص١٤٥ وما بعدها – الدكتور محمد صالح بك فى أصول التعهدات ص٢٦٤ وما بعدها.

(٣) أنظر والتون ١ ص٦١ – ص٦٣ – الدكتور محمد وهيبة فى النظرية العامة فى الالتزامات فقرة ٣١٨ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٤ – فقرة ٥٤٨.

(٤) وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى نظرية السبب المزدوجة التى أخذ بها التقنين اللبنانى ولم يأخذ بها القانون الجديد، فقالت فى هذا الصدد ما يأتى: «ويفرق التقنين اللبنانى بين سبب الالتزام وسبب العقد (م١٩٤). فسبب الالتزام هو الباعث الذى يدفع إليه مباشرة. وهو بهذا الوصف يتمثل فى صورة واحدة فى كل ضرب من ضروب الالتزام، ويعتبر جزءاً من التعاقد نفسه. فهو فى العقود الملزمة للجانبين الالتزام المقابل، وفى العقود العينية تسلم المعقود عليه، وفى التبرعات نية التبرع، وفى المعاوضات الملزمة لجانب واحد التزام مدنى أو طبيعى كان قائماً بين المتعاقدين قبل التعاقد (م١٩٥). أما سبب العقد فهو الباعث الشخصى الذى يدعو المتعاقد إلى إبرامه، وهو لا يعتبر شقا من التعاقد، فهو يختلف باختلاف الأحوال فى العقد الواحد. بيد أن هذه التفرقة ليست فى الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب فى الفقه التقليدى وبين دلالته الحديثة كما استخلصها القضاء. ولما كان التصوير التقليدى ضيق الحدود فقد رؤى الإعراض عنه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٧) – أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٤٨.

وممن يقول بازدواج السبب الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٢٤٢، وهو صريح فى هذا المعنى. أنظر أيضاً الدكتور بهجت بدوى بك ص١٧٢ – ص١٧٤.

بنوها على أصول خلقية دينية وبعدوا بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية. ففيم إذن الربط بين نظريتين متنافرتين كل هذا التنافر! وما الجدوى فى هذا الربط، والنظرية التقليدية يمكن الاستغناء عنها، والنظرية الحديثة فيها وحدها كل الغناء!

٢٩١- القضاء فى مصر: والقضاء فى مصر كان أكثر تمشياً من الفقه مع النظرية الحديثة، فأخذ بها فى كثير من أحكامه، وقد اقتفى فى ذلك أثر القضاء فى فرنسا.

فقضت محكمة الاستئناف الوطنية فى دعوى ثبت فيها أن شخصاً أودع عقداً عند رجل يأتمنه، فاتفق ابن المودع مع الأمين على أن يسلمه العقد المذكور فى مقابل أن يكتب له عقداً ببيع سبعة أفدنه - بأن هذا البيع باطل لأن السبب فيه غير مشروع، وأن الأمين الخائن لا حق له فى طلب ملكية العين ولا فى الثمن(١). ويلاحظ فى هذه القضية أن البيع إذا كان جدياً دفع المشترى فيه ثمناً، كان عقداً ملزماً للجانبين اعتبر السبب فيه هو الباعث الدافع. أما إذا كان، كما هو الغالب، هبة فى صورة بيع، هبة فى صورة بيع، كان تبرعاً أبطله القضاء لعدم مشروعية الباعث على اعتبار أن الباعث هو السبب - وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليلته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلاً، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً(٢) - وقضت محكمة الزقازيق الكلية بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث فى مرتبة واحدة مع السبب المباشر وذلك فى حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث، ويعتبر الباعث فى هذه الحالة أمراً ملاحظاً فى العقد وأنه بدونه لا يمكن أن يتم العقد(٣).

على أن النظرية التقليدية فى السبب لم تعدم لها مكاناً فى القضاء الوطنى، وقد تردد صداها فى بعض الأحكام. فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه لا محل للبحث فى عقد البيع فى الأسباب التى يدعيها البائع كباعث على صدور العقد، لأن الباعث من الأمور التى لا يلتفت إليها فى صحة العقد، وهو والسبب الصحيح أمران مختلفان لا يصح الخلط بينهما(٤). وقضت محكمة النقض بأن السبب القانونى فى عقد القرض هو دفع المقرض نقداً إلى المقترض، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد(٥). ويجوز أن يؤول حكم محكمة استئناف مصر بأن الباعث لم يكن

(١) ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢١٦ ص٢١٠.
(٢) ١٣ يونية سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ض٦ - الحقوق ٢٤ ص٢٣٠.
(٣) ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٩ ص٧٢.
(٤) ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٧ ص٢٩٥.
(٥) ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص٤٧٦.

معلوماً من الطرف الآخر فلا يعتد به، وأن يؤول حكم محكمة النقض بأن السبب الذى عنته فى حكمها هو السبب المنشئ لعقد القرض.

وقد كان القضاء المختلط أكثر إمعاناً من القضاء الوطنى فى الأخذ بالنظرية الحديثة فى السبب. وإذا كانت محكمة الاستئناف المختلطة قضت فى حكم قديم لها(١) بأن الإيجار أو القرض لا يكون باطلاً حتى لو كان المستأجر أو المقترض قصد إدارة العين للعهارة أو استعمال المبلغ المقترض فى إدارة العين للعهارة، وحتى لو كان المؤجر أو المقترض عالماً بذلك، فقد هجرت بعد ذلك هذه النظرية التقليدية، وأخذت فى أحكام كثيرة بالنظرية الحديثة. فقضت بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر يكون باطلاً لعدم مشروعية السبب متى كان البائع عالماً بهذا التحريم(٢). وقضت بأن اتفاق البائع والمشترى على الثمن الحقيقى للصفقة، مع بقائه مخفياً حتى يذكرا ثمناً صورياً أقل من الثمن الحقيقى، فيتمكن المشترى بذلك من تخفيض رسوم التسجيل بطريق الغش، يكون اتفاقاً باطلاً لعدم مشروعية السبب، ولا يستطيع المشترى التمسك بالثمن الحقيقى فى مواجهة الشفيع، كما لا يستطيع البائع التمسك بهذا الثمن فى مواجهة المشترى(٣). وقضت بأن عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض عالماً بهذا القصد(٤)، لكن إذا ثبت أن المقترض لم يستعمل القرض فعلاً فى المقامرة فإن الدليل على القصد غير المشروع لا يقوم ويكون عقد القرض صحيحاً(٥). وقضت بأن التوكيل المعطى لسمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة فى البورصة عقد باطل لعدم مشروعية

(١) ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص١٨.
(٢) ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م٢١ ص١٣٦.
(٣) ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص١٧٠ - ولمحكمة النقض قضاء فى مسألة كهذه فى حكم لها صدر أخيراً (لم ينشر بعد) ذهبت فيه إلى أن الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة إلى الثمن الصورى، فله أن يأخذ به دون الثمن الحقيقى ما دامت له مصلحة فى ذلك. وعندنا أن الشفيع لا يعتبر من الغير فى عقد البيع الذى ذكر فيه الثمن الصورى المخفض، لأن الغير فى الصورية هو شخص يثبت له حق على العين محل التصرف الصورى دون أن يكون هذا الحق ناشئاً عن التصرف الصورى ذاته، والشفيع شخص ثبت له حق على العين المشفوعة نشأ عن البيع الصورى فلا يكون «غيراً». وإذا أراد الأخذ بالشفعة وجب أن يدفع الثمن الحقيقى، قل هذا الثمن عما هو مذكور فى العقد أو زاد. وسنعرض لهذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام فى الصورية.
أما قضاء محكمة الاستئناف المختلطة الذى أوردناه هنا، فوجه الاستشهاد به أنه يأخذ بالنظرية الحديثة فى السبب. ولكن نأخذ عليه أنه إذا اعتبر الاتفاق على الثمن الحقيقى باطلاً لعدم مشروعية السبب، وجب أيضاً أن يعتبر الاتفاق على الثمن الصورى غير موجود لصوريته، فيسقط الاتفاق فى الحالتين. ولا يستطيع الشفيع أن يتمسك لا بالثمن الصورى ولا بالثمن الحقيقى، بل هو لا يستطيع الأخذ بالشفعة إطلاقاً لأن البيع الذى يريد بسببه الأخذ بالشفعة غير موجود لانعدام الثمن.
(٤) ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م٩ ص١٩٤ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٩٤.
(٥) ٢٤ يونية سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٧٩ ص٢٤٩.

السبب[١])، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوماً من السمسار وإلا فلا يعتد به[٢]. وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة ما بين الخليل وخليلته كان العقد باطلاً، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخليلة من الضرر بسبب المعاشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح[٣]. ولم يكن القضاء المختلط يعتبر التبرع لولد غير شرعي باطلاً، بل يعتبره وفاء لالتزام طبيعي، يعطيه حكم الوصية فيجوز فيما لا يزيد عن الثلث[٤].

وإذا كان القضاء المصرى – لا سيما القضاء الوطنى – قد أخذ في الماضي بالنظرية التقليدية في بعض أحكامه، فلم يعد بعد صدور القانون الجديد محل للأخذ بهذه النظرية. وأصبح من المتعين الآن الأخذ بالنظرية الحديثة التى اعتنقها القانون الجديد، على ما تصرح به الأعمال التحضيرية فيما قدمت[I].

٢ – الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط في القانون الجديد

٢٩٢ – إبعاد «السبب غير الصحيح» من دائرة السبب إلى دائرة الغلط: قدمنا عند الكلام في نظرية الغلط أن التمييز بين السبب غير الصحيح والغلط في الباعث كان مفهوماً وقت أن كانت النظرية التقليدية فى كل من الغلط والسبب قائمة. فالنظرية التقليدية في الغلط كانت تميز بين الغلط في السبب وهو يجعل العقد باطلاً، وبين الغلط في الباعث وهو لا يؤثر في صحة العقد، والنظرية التقليدية في السبب كانت تميز بين السبب أى الغرض المباشر من الالتزام وهو الذى يعتد به، وبين الباعث وهو عديم الأثر، ومن ثم كان مفهوماً أن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً وأن الغلط في الباعث لا يؤثر فى صحة العقد، لأن السبب بالمعنى التقليدى ألصق بالعقد من الباعث فالغلط فيه أمر خطير من شأنه أن يعدم العقد، أما الباعث فأمر خارجي عن العقد فلا يعتد بالغلط فيه.

(١) ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٠٣.

(٢) ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٧ ص٥٠.

(٣) ٨ يونية سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٥٣٦ ص١٧٦.

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م٩ ص١٩٠.

(I) مؤدى نص المادتين ١٣٦، ١٣٧ من القانون المدنى أن المشرع قد وضع بهما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب فإن ذكر في العقد فأنه يعتبر السبب الحقيقي الذى قبل المدين أن يلتزم من أجله، وإن ادعى المدين صورية السبب المذكور في العقد كان عليه أن يقدم الدليل على هذه الصورية ومن ثم ينتقل عبء اثبات أن للعقد سبباً آخر مشروعاً على عاتق المتمسك به.

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ الطعن ٨٦ لسنة ٢٦ق س١٣ ص١٢١٤)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٩ الطعن ١٠١ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٧١٤)

(جلسة ١٩٨٧/١١/٨ الطعن ٢٠١٩ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٩/١١/٧ الطعن ٢٨٠٩ لسنة ٥٧ق)

ثم تطورت نظرية الغلط، فاستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة. وأصبح الغلط في الباعث طبقاً لهذه النظرية الأخيرة يجعل العقد قابلاً للإبطال. فإذا نحن واجهنا هذه النظرية الحديثة في الغلط بالنظرية التقليدية في السبب، بقى الفرق قائماً بين الغلط في السبب بمعناه التقليدى وهو الغرض المباشر من الالتزام وبين الغلط في الباعث وهو أمر خارجي عن العقد، وأمكن تبرير الفرق في الحكم: فالغلط في السبب اللصيق بالعقد يجعل العقد باطلاً، أما الغلط في الباعث الخارج عن العقد فلا يجعل العقد إلا قابلا للإبطال.

ولكن لما تطورت نظرية السبب هي الأخرى واستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة، وأصبح السبب هو عين الباعث، لم يعد هناك محل للتمييز بين الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد وبين الغلط في الباعث. فكلاهما غلط في الباعث. ووجب إذن أن ندرك أن نظرية الغلط قد اتسعت دائرتها كما اتسعت دائرة نظرية السبب، حتى تدخلت كل دائرة في الأخرى، فأصبحت هناك منطقة مشتركة بين الدائرتين يتعين أن نستخلصها لإحداهما، وإلا وقعنا في المحظور الذى أشرنا إليه عند الكلام في نظرية الغلط، ووقع خلط عجيب ما بين نظريتى السبب والغلط، إذ تبقى هذه المنطقة المشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما، فإذا سميناها بالسبب غير الصحيح أو السبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلاً، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال[١].

لذلك كان لابد من التأمل فيما صارت إليه الأمور بعد تطور نظرية السبب ونظرية الغلط واستبدال النظرية الحديثة في كل منهما بالنظرية التقليدية. وقد لفت ذلك نظر بعض الفقهاء، ولكنهم لم يشيروا في ذلك برأى حاسم[٢].

(١) أنظر آنفا فقرة ١٧٣.

(٢) من ذلك ما ورد في بلانيول وريبير وبولانجيه (الطبعة الثالثة ١٩٤٩) ٢ فقرة ٢٠٥ وفقرة ٣٠٤ وفقرة ٨٢٤ (وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً في حاشية الفقرة ١٧٣ من هذا الكتاب) من أن الغلط في الباعث هو في الواقع غلط في السبب، والجزاء في الحالتين هو البطلان النسبى لا البطلان المطلق، وذلك لأن شرط الصحة في السبب تراد به حماية مصلحة فردية، فجزاء الإخلال به البطلان النسبي، أما شرط المشروعية فتراد به حماية مصلحة عامة، فجزاء الإخلال به البطلان المطلق – أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٦٣.

ومن ذلك أيضاً ما ذهب إليه الدكتور حلمى بهجت بدوى بك (أصول الالتزامات ص١٧٩ وص١٨٦ وص٢٣٢) من أن الغلط صورة من صور السبب غير الصحيح، فهو يصوغه على أنه قصور الغرض المباشر الذى اتجهت إليه إرادة المتعاقد عن إجابة الحافز الرئيسى الذى حفزه للتعاقد، ويقول إن هذه الصيغة هى بعينها صيغة السبب غير الصحيح، وهى على هذا الوجه صالحة للتطبيق على جميع أنواع الغلط دون حاجة إلى تقسيم الغلط إلى غلط في الشخص وغلط في الشئ وغلط في غير ذلك، لأن العبرة ليست بذات الشخص أو بذات الشئ وإنما بالغرض الذاتى أى بالحافز الرئيسى. فإذا ما خلص له أن حالتى الغلط والتدليس هما بعينهما حالة السبب غير الصحيح، جعل الجزاء في كل هذه الأحوال البطلان النسبى لا البطلان المطلق. فهو يلحق الغلط بالسبب في ماهيته، ثم يلحق السبب بالغلط في جزائه. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً حاشية الفقرة ١٧٣).

أما القانون الجديد فقد وقف موقفاً صريحاً من هذه المنطقة المشتركة ما بين السبب والغلط، واعتبر أن السبب غير الصحيح (أو السبب المغلوط) هو والغلط في الباعث شئ واحد، كلاهما غلط فى الباعث كما قدمنا، وكلاهما يجعل العقد قابلاً للإبطال. وبعد أن كانت المنطقة المشتركة المشار إليها يتنازعها كل من السبب والغلط على النحو الذى بيناه، استخلصها القانون الجديد للغلط، واختفى من نصوص السبب فى القانون الجديد النص الخاص بالسبب غير الصحيح. وهذا النظر تبرره اعتبارات منطقية واعتبارات تاريخية.

أما الاعتبارات المنطقية فترجع إلى أنه بعد أن اتسعت فكرة السبب فأصبح السبب هو الباعث، فإن الغلط فيه لم يعد هو الغلط فى السبب الضيق اللصيق بالعقد الذى تقول به النظرية التقليدية فى السبب، بل صار هو عين الغلط فى السبب بهذا المعنى الجديد ذات الحكم الذى يعطى للغلط فى الباعث، وهو قابلية العقد للإبطال لا بطلانه، فيتزحزح الغلط فى السبب عن دائرة السبب إلى دائرة الغلط، ولا يصبح هناك محل للكلام عن السبب غير الصحيح فى نظرية السبب، فهو لا يزيد على أن يكون غلطاً فى الباعث، ومحل الكلام عنه إنما يكن فى نظرية الغلط. أما الغلط فى السبب بمعناه التقليدى فقد قدمنا أنه غلط يمنع من تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل، فالكلام فيه هو أيضاً لا يكون فى نظرية السبب(1).

وأما الاعتبارات التاريخية فترجع إلى تاريخ نظرية السبب، وكيف استخدم الفقهاء الكنسيون هذه الفكرة بعد أن حرروا الإرادة من قيود الشكل على ما قدمنا. فقد رأينا أنهم هم الذين صنعوا نظرية السبب، وجعلوا منها نظرية خصبة منتجة. وقد استخدموها بادئ الأمر لحماية مصلحة عامة هى المشروعية. ثم أقحموا بعد ذلك على السبب غرضاً آخر بعيداً عن الغرض الأول، فاستخدموا نظرية السبب لحماية مصلحة خاصة فردية هى تحرير الإرادة من عيب الغلط. فمن وقع فى غلط دفعه إلى التعاقد، كمن تعاقد لسبب غير مشروع، يستطيع أن يتمسك بنظرية السبب. وظاهر أن فكرة الغلط دخيلة على نظرية

(1) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى: «ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر «السبب غير الصحيح»، وهو ما يكون غير مطابق للواقع، وهذا هو أهم التعديلين. فالحق أن الغلط فى هذا الشأن لا يعدو وأن يكون غلطا فى الباعث. وقد كان يخلق التنبيه إلى ما فى الإبقاء على التفرقة بين الغلط والسبب غير الصحيح من تشبث بأهداف السطحيات والفوارق الصناعية، بعد أن أصابت فكرة الغلط من السعة ما جعلها تجاوز نطاقها المادى الضيق، وتصبح فكرة نفسية تتناول الباعث المستحث، وتنتهى بذلك إلى صورتها السوية فى «الغلط الجوهرى». ولهذا رؤى إخراج «السبب غير الصحيح» أو الغلط فى السبب من بين أسباب البطلان المطلق واعتباره سبباً للبطلان النسبى، شأنه فى ذلك شأن سائر ضروب الغلط. ولم يستبق المشروع من صور السبب غير الصحيح إلا السبب الصورى. ومع ذلك فقد رد حكمه إلى فكرة المشروعية، وجعل السبب الحقيقى مرجع الحكم فيما يرتب العقد من آثار، فإن كان هذا السبب مشروعاً صح العقد، وإن كان غير مشروع بطل العقد لعدم مشروعية سببه لا للصورية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٥ - ص٢٢٦).

السبب، فالأولى تحمى مصلحة خاصة للأفراد، أما الأخرى فتحمى مصلحة عامة للجماعة. والأ ولى رجاع نظرية السبب سيرتها الأولى، فتتمحض لحماية المصلحة العامة. وينتقل السبب غير الصحيح إلى دائرة الغلط، ولا يبقى فى دائرة السبب إلا السبب غير المشروع. وهذا ما فعله القانون الجديد.

٢٩٣ - لا يوجد للسبب فى القانون الجديد إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعا: ومن ثم لا نجد فى القانون الجديد عبارة «السبب الصحيح» التى كنا نقرأها فى القانون القديم، فقد اختفت وأخلت باختفائها الميدان للسبب المشروع وحده. وقد رأينا أن المادة ١٣٦ من القانون الجديد تنص على أنه إذا لم يكن للالتزامات سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب(1)، كان العقد باطلاً، وكان القانون القديم فى المادتين ١٤٨/٩٤ يتطلب لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً.

فلا يشترط إذن فى السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً. ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت، وإليها وحدها عادت فى القانون الجديد.

والواقع من الأمر أن السبب، بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد، يجب استبقاؤه، على ألا يستخدم إلا لحماية المشروعية فى التعاقد. ذلك أنه وحده الذى يستطيع أن يقوم بهذه الحماية فى صورة السبب المشروع، ولا يغنى عنه ركن أخر، لا ركن المحل ولا ركن الرضاء(1). ولكن عند هذا الحد يجب أن تقف مهمته، فلا تجاوز ذلك إلى حماية العاقد ضد الغلط فى صورة السبب الصحيح، فإن نظرية الغلط تغنى عندئذ عن نظرية السبب، بل وتفضلها من حيث الجزاء.

وقد فهم القضاء، فى مصر وفى فرنسا، وهو يلامس الحياة العملية، مهمة السبب على هذا الوجه. فتراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع فى إبطال العقد. وقل أن تجد

(1) ولا يجوز أن يقال إنه يمكن الاستغناء عن مشروعية السبب، والاقتصار على اشتراط أن يكون العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب كما فعل التقنين الألماني مثلا. فإن هذا الاشتراط لا يستقيم إلا إذا قيل إن المقصود به أن يكون غرض العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب. وغرض العقد هو سببه، والتعبير عن الغرض بالسبب أدق من ناحية الصياغة الفنية.

(1) أ- السبب غير المشروع الذى من شأنه أن يبطل العقد وفقا لحكم المادة ١٣٦ من القانون المدنى يجب أن يكون معلوما للمتعامل الآخر فإذا لم يكن على علم به أو ليس فى استطاعته أن يعلمه فلا يعتد بعدم المشروعية.

(جلسة ١٩٧٩/١١/٢٩ الطعن ٦٢٦ لسنة ٤٦ق س٣٠ ص١٠٣)

(جلسة ١٩٨٨/١١/٧ الطعن ٢٨٠٩ لسنة ٥٧ق س٤٠ ص٢٢)

ب- لما كانت المادة ٥٥١ من القانون المدنى لا تجيز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية فان التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الاثر قانونا. ومن ثم فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائغة فى حدود سلطتها الموضوعية ان عقد البيع قد انعقد مقابل التنازل عن دعوى الحجر وان ثمنا لم يدفع فان الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى بطلان عقد البيع لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ مجموعة المكتب الفنى للنقض السنة ١٣ ص١٢١٤)

تطبيقاً قضائياً لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط في العمل بالغلط. ويكفي للتثبت من ذلك استظهار ما أوردناه من أحكام القضاء المصرى والفرنسى فى السبب لتراها جميعاً قد عرضت للسبب غير المشروع لا للسبب غير الصحيح[1]. وهذا إن دل على شئ فهو يدل على أن القضاء قد اتجه اتجاهاً عملياً منتجاً فى نظرية السبب. وقد قام على هذا النحو بمهمته خير قيام. أما الفقه فلا يزال مطلوباً منه أن يقوم بمهمته هو الآخر، فيعين القضاء على شق طريقه، ويصوغ له نظرية جديدة فى السبب تتمشى مع مقتضيات العمل. وقد سبق القانون الجديد الفقه إلى ذلك، فخطا بنظرية السبب خطوة جديدة حاسمة فى تاريخ تطوره الحديث. فاتسع أفق السبب بعد هذا الضيق الذى كان ملحوظاً فى النظرية التقليدية، وخلص من الشوائب التى كانت تعتريه من جراء اختلاطه بنظرية غريبة عنه هى نظرية الغلط.

٢٩٤ – مأخذان على القانون الجديد: على أن هناك مأخذان على القانون الجديد، يجمعا فى العبارة التى صدرت بها المادة ١٣٦. فقد جاء فى صدر هذه المادة: «إذا لم يكن للالتزام سبب». فالسبب قد نسب إلى الالتزام وكان الأولى أن ينسب إلى العقد إذ هو متلازم مع الإرادة كما رأينا. ثم افترض النص احتمال أن يكون التزام دون سبب، وهذا احتمال لا يتصور، فما دمنا نجعل السبب هو الباعث، فكل إرادة لابد أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذى تمييز[2].

والعبـارة التى ننتقدها أليق بالنظرية التقليدية، ففى هذه النظرية ينسب السبب إلى الالتزام ويتصور أن يكـون غير موجود. ولكن لا يجوز أن يفهم من ذلك أن القانون الجديد قد استبقى النظرية التقليـدية، فإن الأعمال التحضـيرية صريحة فى أنه قد نبذها واعتنق النظرية الحديثة[3].

٣ – إثبات السبب

٢٩٥ – النصوص القانونية: نصت المادة ١٣٧ من القانون الجديد على ما يأتى:

«١ – كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك».

(١) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه (الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩) ٢ فقرة ٢٨١، وقد جاء فى هذه الفقرة ما يأتى: «لم يستخدم القضاء كثيراً فكرتى انعدام السبب والسبب غير الصحيح، فقد كان لديه لهذا الغرض أداة أخرى هى إبطال العقد للغلط. ولكنه على النقيض من ذلك استخدم إلى مدى بعيد فكرة السبب غير المشروع، فقد أعطته المادة ١١٣٣ وسيلة من وسائل الصنعة الفنية لتقرير جزاء للقاعدة التى اشتملت عليها المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى».

(٢) وكان من الخير أن تصاغ المادة ١٣٦ على الوجه الآتى: «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، كان العقد باطلاً».

(٣) قارن الدكتور أبو عافية فى التصرف المجرد فقرة ٥٤ ص١٩٩ هامش رقم ٥.

«٢– ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه»[1].

وهذا النص لا مقابل له فى القانون القديم، ولكنه يقرر أحكاماً غير مستحدثة. فقد كان القضاء المصرى يطبقها من قبل. ولم يفعل القانون الجديد إلا أن قننها لما لها من أهمية عملية.

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى:(1)

«أما فيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدتان أساسيتان: (أولاهما) افتراض توافر السبب المشروع فى الالتزام ولو أغفل ذكره فى العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك. ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذى يطعن فى العقد. (والثانية) افتراض مطابقة السبب المذكور فى العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته. فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقى تلحق به صفة المشروعية»[2].

ويتبين مما تقدم أن هناك فرضين: (الأول) أن يكون السبب غير مذكور فى العقد.

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٩٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– يفترض فى كل التزام أن له سبباً مشروعاً، ولو لم يذكر هذا السبب فى العقد، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ٢– ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. ٣– فإذا قام الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه». وقد اقترح فى لجنة المراجعة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة فى فقرة واحدة وحذف عبارة «أو على عدم مشروعيته» من الفقرة الثالثة لأنها تنص على حالة من حالات صورية السبب، واقترح أحد الأعضاء إدخال تعديل لفظى على الفقرة الأولى، فوافقت اللجنة على هذه الاقتراحات، وأصبح نص المادة النهائى (م١٤١) مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهى: «فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه»، لأن هذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإثبات، ولكن اللجنة انتهت آخر الأمر إلى إقرار بقائها. وأصبح رقم المادة ١٣٧. ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٩– ص٢٣٢).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٢٧.

(1) المادة ١٣٦ من القانون المدنى وان كانت توجب أن يكون للالتزام سبب مشروع إلا أنها لم تشترط ذكر هذا السبب فى العقد، بل أن المادة ١٣٧ تنص على أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك وهو ما يقطع بأن عدم ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يؤدى إلى بطلانه.

(جلسة ١٩٦٦/٤/١٧ الطعن ٢٠٧ لسنة ٢٣ ق س٢٠ ص٦٢٧)

(جلسة ١٩٨٦/٢/٦ الطعن ٦٦٩ لسنة ٥١ق).

(والثانى) أن يكـون هنـاك سبب ذكر في العقد[١]. ونستعرض كلا من الفرضين.

٢٩٦- السبب غير مذكور في العقد: وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١٣٧. وقد كان المنطق القانوني يقضي بأن الدائن، وهو المكلف بإثبات الدين، هو الذى يثبت السبب الأول لأن الدين لا يقوم بدونه. ولكن القانون الجديد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب. على أن القرينة قابلة لإثبات العكس. فإذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته. وله الإثبات بجميع الطرق، بما في ذلك البينة والقرائن[٢]. وقد كان الفقه[٣] والقضاء[٤] في مصر يأخذان بهذه الأحكام دون نص، فجاء القانون الجديد مؤيداً لها كما قدمنا.

ويلاحظ أنه إذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع وأثبت ذلك، فعليه أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب. وله إثبات هذا العلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية. ويستوى في ذلك ألا يكون السبب مذكوراً في العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صورى وثبت أن السبب الحقيقي غير مشروع كما سيأتي.

٢٩٧- السبب مذكور في العقد: وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة الثانية من المادة ١٣٧. وقد وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي الذى رضى المدين أن يلتزم من أجله. والقرينة قابلة لإثبات العكس. فإذا ادعى

---

(١) سواء ذكر في السند المكتوب الذى يثبت العقد أو ذكر عند التعاقد ذاته. وغنى عن البيان أن السبب يذكر في العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وإن كان الباعث قل أن يذكر في العقد. ويبدو أن نص المادة ١٣٧ من القانون الجديد أكثر مسايرة للسبب بمعناه في النظرية التقليدية، لا سيما عندما تتحدث المذكرة الإيضاحية عن عبء إثبات عدم وجود السبب. ولكن لا شئ يمنع من أن يذكر السبب بمعنى الباعث في العقد، وعندئذ يعتبر هذا السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته.

(٢) نقض مدنى في ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥١ ص٢٨٤ – وفى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ١٨٢ ص٥١٧ – استئناف وطنى في ١٨ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٢ ص١٦١ – محكمة استئناف مصر في ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٤٩ ص١٠٥.

وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد: الأول إذا أثبت المدين أن له سبباً غير مشروع يكون باطلاً كما رأينا، أما الثانى فلا يبطل ولكنه يدفع بدعوى الإثراء بلا سبب فيتخلص منه المدين إذا كان لم يوفه أو يسترده إذا كان قد وفاه. وقد تقدم ذكر ذلك في التصرف المجرد.

(٣) دى هلتس ٣ ص١١٧ فقرة ١٤ – هالتون ١ ص٢٤١ – والتون ١ ص١٠٢– عبد السلام ذهنى بك فقرة ١٧٣ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٩ – الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٠٦ – الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٢٤٤.

(٤) استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧م ٩ ص١٩٠ – وفى ٢ فبراير ١٩١١م ٢٣ ص١٥١ – وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠م ٤٢ ص٣٢٤ – وفى ١٣ مايو سنة ١٩٣١ – م٤٣ ص٣٩٠– وفى أول أبريل سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١١٦ – وفى ١٩ يونية سنة ١٩٤٥م ٥٧ ص١٨٣.

المدين أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي، بل هو سبب صورى يستر سبباً غير مشروع، فله أن يتخذ أحد موقفين: (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية، وفى هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقي ومشروعيته إلى الدائن[١]. (٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقي للعقد غير مشروع.

فإذا أراد أن يثبت صورية السبب. وكانت قيمة التزامه تزيد على خمسمائة جنيه، وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها[٢]. ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على خمسمائة جنيه إذا كان السبب الصورى مكتوباً، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة[1].

وإذا أراد المدين أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن، حتى لو كان السبب الصورى مكتوباً، ومهما بلغت قيمة الالتزام، لأن إخفاء عدم المشروعية غش، والغش يجوز إثباته بجميع الطرق[٣].

---

(١) ومن ذلك نرى أن السبب إذا لم يذكر في العقد فهو مفروض، وعلى المدين إثبات العكس. أما إذا ذكر وأثبت المدين صوريته فإن عبء إثبات السبب الحقيقي ينتقل إلى الدائن (نقض مدنى في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص١٣٨ – وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٥ ص٤٦٩). وانظر في أحكام القضاء المصرى في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص٥٧٩ هامش رقم ٢.

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد في سند الدين وذكر سبباً آخر مشروعاً على أنه السبب الحقيقي، كان إقراره هذا غير قابل للتجزئة، وكان الالتزام قائما وصحيحاً ما لم يثبت أن هذا السبب الأخير غير صحيح (١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص١٥٠ – وفى هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٠٩).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به، فإذا كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت نقداً، لم اتضح من الوسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مدينها في مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبعدها أنها كانت تستجدى المدين وتشكر له إحسانه وتبرعه لها، فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابياً كافيا في نفى وجود قرض حقيقي (١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص١٣٨– ويلاحظ أن السبب هنا مفهوم بالمعنى المعروف في النظرية التقليدية، ويغنى عنه ركن التراضى على عقد القرض، فيكون عقد القرض ذاته في هذه القضية هو العقد الصورى، ولا محل للكلام في صورية السبب، إلا إذا اتخذت طبيعة العقد قرينة على سببه، وهذا ما يقع غالبا).

(1) مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدني ان ذكر سبب الالتزام في العقد لا يمنع المدين من اثبات أن هذا السبب غير حقيقي وأن الالتزام في الواقع معدوم السبب، إلا أن الادعاء بذلك لا يجوز للمدين اثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنيا لانه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي طالما لم يدع المتعاقد بوقوع احتيال على القانون بقصد مخالفة قاعدة آمرة من قواعد النظام العام وذلك عملا بما تقضي به المادة ١/٦١ من قانون الاثبات.

(جلسة ١٩٩٠/٢/١٨ الطعن ٢٩٠٢ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩١/١/٣٠ الطعن ٣٦٦ لسنة ٥٨ق السنة ٤٢ ص٣٤٦)

(٣) استئناف مصر الوطنية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٣٤ – وفى =

الفرع الرابع

الجزاء: نظرية البطلان(*)

٢٩٨ – نظرية البطلان فى القانون القديم وفى القانون الجديد: بطلان العقد هو الجزاء القانونى على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها، على النحو الذى بيناه فيما تقدم. ولذلك كان منطقياً أن نتكلم فى بطلان العقد على أثر الفراغ من الكلام فى أركانه.

ولم يكن القانون القديم يفرد مكاناً لنظرية البطلان، بل كنا نجد القواعد العامة فى البطلان تحتويها نصوص متناثرة فى أمكنة متفرقة متباعدة، كما هو شأن القانون المدنى الفرنسى. أما القانون الجديد فقد عنى بأن يفرد لنظرية البطلان مكاناً خاصاً، جمع فيه

=١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص٣٢٤ – وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٤ ص٦٩ – استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩١٧م ٢٩ ص٤٨٩ – وفى ٢٢ يناير سنة ١٩١٩م ٣١ ص١٣٦ – وفى ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٤٨٣ – وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص١٠٤ – هذا وإذا تبين أن سبب السند هو الربا الفاحش فللمدين إثبات ذلك بجميع الطرق لأن السبب غير مشروع (استئناف مصر الوطنية فى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص٣٢٤ – استئناف مختلط فى نوفمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص٣٧ – وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م١٠ ص٤٨). على أن مجرد الادعاء بوجود الربا الفاحش لا يكفى للترخيص فى إثباته، إذ أنه لا يجوز قبول الإثبات بالبينة على ما يخالف المكتوب ما لم تدل الوقائع الثابتة فى الدعوى على أن هناك قرائن قوية على وجود الربا الفاحش (استئناف وطنى فى ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٩ – وفى ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ – استئناف مختلط فى ٣ ديسمبر ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣١٠ ص٢٦٣ – وفى ٤ مارس سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص٢٦٣). فإذا ثبت أن هناك فوائد ربوية، فعلى الدائن أن يثبت كم كان المقدار المقترض، فإذا لم يثبت ذلك فإن المحكمة تقبل اعتراف المدين (استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص٢٦٣ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه).

(*) **بعض المراجع:** بفنوارص ٦٤٦ وما بعدها – بنكاز (ملحق بودرى) ٣ ص١ وما بعدها – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٨٠ وما بعدها – إهرنج: أعماله المختارة جزء ٢ ص٣ وما بعدها – هيمار فى بطلان الشركات والشركات الواقعية – دروجول (Drogoul) رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ – لوايه (Loyer) رسالة من رن سنة ١٩٠٨ – جابيو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ – بييدليفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ – جييار (Guyard) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ – كافاليوتى (Cavaliotti) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ – هلسنار (Hilsenard) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ – لوتزسكو (Lutzesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – برتران (Bertrand) رسالة من ليلى سنة ١٩٣٩ – السندور (Alcindor) فى بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ – دى سوتو (De Sotto) فى بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٥ وما بعدها – الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ١٤٥ وما بعدها ومقالاته فى آثار التصرفات الباطلة فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص٧٩ وما بعدها و٤ ص٣١٧ وما بعدها – الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٢٤٨ وما بعدها.

النصوص الرئيسية التى ترسم القواعد العامة فى بطلان العقد (م١٣٨-١٤٤). ونحن نبسط نظرية البطلان فى هدى هذه النصوص[1].

٢٩٩ – ضرورة تمييز البطلان عما يقاربه من النظم: ويحسن منذ البداية أن نميز البطلان (nullité) عما يقاربه من النظم. نميز بينه وبين عدم السريان (inopposabilité)، وبينه وبين الفسخ (résolution).

فالبطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين، وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك.

وقد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين المتعاقدين، ولكنه لا يسرى فى حق الغير. فالعقد الحقيقى فى الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين، غير نافذ فى حق الغير. والعقد غير المسجل صحيح فيما بين المتعاقدين، ولكن لا يحتج به على الغير. والعقد غير ثابت التاريخ تاريخه حجة على المتعاقدين دون أن يكون حجة على الغير. والعقد الذى أبرمه المدين المعسر إضراراً بحق دائنه صحيح فيما بين المتعاقدين، ولكن لا يسرى فى حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية. والبيع فى مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين، ولكن لا يسرى فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة. بل قد يكون العقد قابلاً للإبطال فيما بين المتعاقدين وهو فى الوقت ذاته لا يسرى فى حق الغير. فبيع ملك الغير قابل للإبطال فيما بين البائع والمشترى، ثم هو لا يسرى فى حق المالك الحقيقى، وقد يجيز المشترى العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان والبطلان إذا كان قابلاً للزوال يزول بالإجازة (confirmation) على ما سنرى. أما عدم السريان فيزول بإقرار الغير للعقد (ratification). ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة أن «الغير» ليس له مدلول واحد، بل يختلف مدلوله فى مثل عنه فى المثل الآخر.

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى النظرة العامة للبطلان ما يأتى: «اتقى المشروع ما تستهدف له التقنينات اللاتينية من مآخذ حين تجمع بين أحكام البطلان وأسباب انقضاء الالتزامات فى صعيد واحد. وقد نهج فى هذا الشأن نهج التقنين البرازيلى، وجعل للبطلان نظرية جامعة، فهيأ بذلك مكاناً مناسباً لطائفة من الأحكام تناثرت وانفرط عقدها، مع ما بينها من سبب جامع، كالنصوص الخاصة بالتزام ناقص الأهلية برد ما تسلمه عند إبطال العقد. وقد استمسك المشروع بتقاليد المذهب اللاتينى فيما استحدث فى هذا الشأن بوجه عام. على أن المذهب الجرمانى لم يعدم أثره فى هذه الناحية. فقد اقتبس المشروع أحكاماً هامة من التقنين الألمانى والسويسرى. فمن ذلك... نظرية انتقاص العقود ونظرية تحويل العقود أو انقلابها. وتطبق الأولى عند ورود البطلان المطلق أو النسبى على شق من العقد، وتطبق الثانية إذا توافرت للعقد الباطل أو القابل للبطلان شروط انعقاد عقد آخر (أنظر المادتين ١٣٩، ١٤٠ من التقنين الألمانى). ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد نص على تقادم دعوى البطلان بانقضاء ثلاث سنوات، مستلهما فى ذلك تقنين الالتزامات السويسرى (أنظر المادة ٢٢٩ وهى تجعل المدة سنة واحدة)، هذا فضلا عن التقادم الطويل المقرر بمقتضى القواعد العامة. ويراعى أن مبدأ سريان التقادم القصير فى هذه الحالة يختلف عن مبدأ سريان التقادم الطويل، ولذلك يكون لهذا التقادم الطويل أثره إذا اكتملت مدته قبل انقضاء أجل السنوات الثلاث» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٣٣ – ص٢٣٤).

والفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب فى ركن من أركان العقد، أما فى الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها، فينشأ العقد صحيحاً، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقد الآخر، ولذلك لا يكون الفسخ إلا فى العقد الملزم للجانبين.

٣٠٠– أنواع البطلان: لما كان البطلان يعدم العقد، فإن المنطق يقضى بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل التدرج، إذ العدم لا تفاوت فيه. ولكن نظرية البطلان، مع هذه البساطة المنطقية، قد تعقدت لاعتبارات تاريخية، ولاعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية، ثم لمحاولة الفقهاء أن يقسموا البطلان تبعاً لذلك إلى مراتب متدرجة. ومن ثم قالت النظرية التقليدية بتقسيم ثلاثى للبطلان. وقد هوجمت من ناحيتين مختلفتين: فكثرة الفقهاء يكتفون بتقسيم ثنائى، وبعضهم لا يكفيه التقسيم الثلاثى ويذهب إلى تنويع البطلان مراتب متعددة.

فالنظرية التقليدية تقسم البطلان كما قدمنا إلى مراتب ثلاث: الانعدام (inexistence) والبطلان المطلق (nullité absolue) والبطلان النسبى (nullité relative). وأساس التقسيم هو وجود أركان للعقد لابد من قيامها حتى يتكون. ولهذه الأركان شروط لابد من توافرها حتى لا تختل. وركن من هذه الأركان – وهو الرضاء – لابد أن يصدر من ذى أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بعيب حتى يكون صحيحاً. وأركان العقد الرضاء والمحل والسبب، وكذلك الشكل فى العقود الشكلية، فإذا انعدم ركن منها كان العقد منعدماً. وشروط المحل أن يكون ممكناً معيناً مشروعاً، وشرط السبب أن يكون مشروعاً، فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. وإذا صدر الرضاء من ناقص الأهلية أو شابه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه، كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً.

وكثرة الفقهاء تنعى على النظرية التقليدية تمييزها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً. إذ التمييز يصطدم مع المنطق، وليس بذى فائدة. أما أنه يصطدم مع المنطق فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانونى، فهو يستوى فى الانعدام مع العقد المنعدم، ولا يمكن أن يقال أن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تفاوت فى العدم كما قدمنا. وأما أن التمييز غير ذى فائدة فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هى عين أحكام العقد المنعدم: كلا العقدين لا ينتج أثراً، ولا تلحقه الإجازة، ولا يرد عليه التقادم. والواقع أن التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه الفرنسى فى مناسبة عقد الزواج، إذ قرر هذا الفقه ألا بطلان فى هذا العقد دون نص، صيانة له من التزعزع. فقامت حالات بطلان لاشك فيها، ولكن لم يرد فى شأنها نص، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد، وكما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية فى توليه. فخلقت نظرية الانعدام حتى تغطى هذه الحالات. وكان الأولى عدم التقيد بالقاعدة الضيقة

التى تقضى بأن البطلان لا يكون بغير نص فى عقد الزواج، أو فى القليل قصر هذه القاعدة على الزواج فإن طبيعته تغاير طبيعة العقود فى دائرة المعاملات المالية.

وهناك من الفقهاء من يذهب، على النقيض مما تقدم، إلى عدم الاقتصار على مراتب البطلان الثلاث التى تقول بها النظرية التقليدية. فإن هذا التقسيم الثلاثى فى نظرهم تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات. وأصحاب هذا الرأى يقولون إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج آثاراً معينة، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين، فإذا اختل شرط كان العقد باطلاً فى الناحية التى تتلاءم مع هذا الشرط، فتتعدد وجوه البطلان وتتنوع مراتبه تبعاً للأغراض التى توخاها القانون(١). ومهما قيل فى مرونة هذا الرأى وفى أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية، كما فى إجازة الواهب أو ورثته لهبة لم يتوافر فيها شرط الشكل (م٤٨٩ جديد). وكما فى شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبى (م٤٦٧ جديد)، وكما فى بطلان عقد الشركة الذى لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير (م٥٠٧ جديد)، إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً، وهى لا تسوغ نقض القواعد الثابتة المستقرة فى البطلان لتحل محلها قواعد ليس لها من الثبات والاستقرار ما يبرر الاطمئنان إليها(٢).

فالوقوف عند التقسيم الثلاثى خير من تشتت قواعد البطلان فى غير ثبات ولا استقرار. وخير من التقسيم الثلاثى التقسيم الثنائى إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً (ويدخل فيه العقد المنعدم) وعقد باطل بطلاناً نسبياً، لما قدمناه من عيب التمييز ما بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً. بل خير من التقسيم الثنائى الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هى البطلان المطلق. ذلك لأن العقد باطل بطلاناً نسبياً يمر كما سنرى على مرحلتين: (المرحلة الأولى) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال، ويكون له فى هذه المرحلة وجود قانونى كامل، فينتج كل الآثار القانونية التى كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً. (والمرحلة الثانية) يلقى فيها العقد أحد مصيرين، فإما أن تلحقه الإجازة أو يتم فى شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشئاً لجميع آثاره، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح، وإما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانونى انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التى أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعى، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً. فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً كما نرى لا يعدو فى مآله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه. فهو إما عقد صحيح على

(١) أنظر دروجول (Drogoul) فى رسالته فى النظرية العامة فى البطلان ص٢٠٦ وما بعدها – جابيو (Japiot) فى رسالته فى بطلان العقود ص١٥١ وص١٥٤.

(٢) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٨١٩ – فقرة ٨٢٠.

الدوام، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية. والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما، فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق. ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان، يندمج فيها البطلان النسبي، كما اندمج فيه الانعدام(١).

٣٠١- تأصيل البطلان: على أن إرجاع أنواع البطلان كلها إلى البطلان المطلق إذا كان يرضي المنطق القانوني، فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية البطلان وما تواجهه من حالات متغايرة تقتضي شيئاً من التنوع. والأولى من ناحية الصياغة المحضة الرجوع إلى التقسيم الثنائي، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً، أو كما يقول القانون الجديد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال. ونقف عند هذا التقسيم، على أن نتولى تأصيله.

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية. ففي الحالة الأولى يكون العقد الشكلي الذي لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً، ولكن بالقدر الذي يتطلبه القانون من الشكل. وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون، والقانون هو الذي يعين له الجزاء الكافي في حالات الإخلال به. فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا تلحقه الإجازة. وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلاً (م٤٨٩ جديد) وكما في الشركة التي لم تستوف الشكل المطلوب (م٥٠٧ جديد). وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية. فالشكل كما قدمنا من خلق القانون، صنعه على عينه، ويقده على القالب الذي يختاره(٢). ونحن في هذه الدائرة وحدها - دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب - نتمشى مع القائلين بتنوع مراتب البطلان.

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية، فهنا يجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد. وقبل ذلك نقول إن البطلان قد يرجع إلى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع، كما في بطلان بيع ملك الغير (م٤٦٦ جديد) وفي بطلان تصرف السفيه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م١١٥ جديد). وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص يتبع

(١) وقد ورد في «نظرية العقد» للمؤلف (ص٦١٨ هامش رقم ١) في هذا الصدد ما يأتي: «لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر: الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق، بل لا توجد إلا حالتان: الصحة والبطلان المطلق. والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة، ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان. ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً على هذا النحو، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق».

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ في الهامش.

في شأنه النص الذي يعالجه. ولكن البطلان الذي يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية نتولى الآن تقعيدها.

ذلك أن للعقد أركاناً ثلاثة هي الرضاء والمحل والسبب. فإذا انعدم أي ركن منها فإن العقد لا يقوم طبيعة، ويكون باطلاً. ومثل انعدام الركن اختلال شرطه. فالرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية، والسبب تشترط فيه المشروعية. فشروط التمييز والتقابل والتطابق في الرضاء، وشرط الإمكان والتعيين في المحل هي شروط طبيعية لا يقوم العقد بدونها. وشرط المشروعية في المحل وفي السبب هو شرط قانوني لا يقوم العقد أيضاً بدونه. فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً(١). والبطلان هنا تمليه طبيعة الأشياء أو يفرضه القانون حماية لمصلحة عامة. والعقد الباطل منعدم طبيعة أو شرعاً، فلا ينتج أثراً، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، ولا تصح إجازته، ولا يرد عليه التقادم.

وهناك ركن في العقد قد يقع أن يكون قائماً مستوفياً لشروطه ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة، وهذا هو الرضاء. فالرضاء كما رأينا يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، ولكنه يكون رضاء معيباً غير صحيح. وفي هذه الحالة يقوم العقد مستوفياً أركانه، فهو منعقد تترتب عليه آثاره. ويبقى أن المتعاقد الذي صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب يكون من حقه أن يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية. فله وحده أن يطلب إبطال العقد، كما له أن يجيزه، وإذا سكت سقط حقه في إبطال العقد بالتقادم. ذلك أن هذا الحق في إبطال العقد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة، بل لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة، يعالج به ما اعتور رضاءه من نقص(٢).

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد باطلاً، فنصت المادة ١٩٣ من هذا المشروع على ما يأتي:
«يكون العقد باطلاً في الحالات الآتية:
أ) إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقاً.
ب) إذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب، أو إذا لم تتوافر في المحل وفي السبب شروطه الجوهرية.
جـ) إذا اشترط القانون في العقد شكلاً يكون باطلاً بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل. أو إذا أغفل المتعاقد إجراء شكلياً يعتبره القانون ركناً في تكوين العقد.
د) إذا ورد في القانون نص خاص على البطلان».
وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي «لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٥٠ في الهامش).

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصا يجمع الحالات التي يكون فيها العقد قابلاً للابطال فنصت المادة ١٩٥ من هذا المشروع على ما يأتي:
=

وليس فيما قدمناه من تأصيل للبطلان إلا نتائج منطقية لمقدمات تؤدى إليها ومعلومات معقولة لعلل ظاهرة(١).

= «يعتبر العقد قابلاً للابطال فى الأحوال الآتية:
أ) إذا كان احد المتعاقدين ناقص الأهلية.
ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.
جـ) إذا ورد فى القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للبطلان».
وقد حذفت هذه المادة فى المشروع النهائى «لأن أحكامها منصوص عليها فى المواد السابقة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٣٥ فى الهامش).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى: «ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تفريعاً على ذلك أو كانتفاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً. وغني عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد، فى حكم الواقع أو حكم القانون، يحول دون انعقاده أو وجوده، وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق. أما البطلان النسبى فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء يفسد بسبب عيب يداخله، أو بسبب نقص أهلية أحد العاقدين، ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته، وهو من داخل رضاءه العيب أو من لم تكتمل أهليته. ومن الجلى أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد فى مرحلتين متتابعتين: الأولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع آثاره، والثانية مرحلة البطلان ويعتبر العقد فيها باطلاً لا حكم له من وقت نشوئه. فليست ثمة مراحل ثلاث، الصحة وقابلية البطلان والبطلان، وإنما توجد مرحلتان، الصحة والبطلان، وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبى بمقتضى نص خاص فى القانون» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٥٥ – ص٢٥٦).

هذا ويمكن القول إن القوانين الأخرى، من قديمة وحديثة، تعرف تقسيم البطلان إلى مراتب متعددة، وتجعل هذه المراتب متدرجة طبقاً لما ينتجه العقد الباطل من الآثار.

فالقانون الألمانى يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبى (م١٤١ – ١٤٢). بل إن الفقه الألمانى يعرف العقد المنعدم.

ويميز قانون الالتزامات السويسرى بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (م١١ و١٩ و٢٠) والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (م٢١ و٢٣ و٢٥ و٢٦ و٢٨ و٢٩).

والقانون الإنجليزى يميز بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (void) ويدخل فيه العقد المنعدم، والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (voidable) والعقد غير النافذ (unenforceable). ويريد بالأخير عقد صحيحاً لا يمكن إثباته طبقاً للقواعد القانونية، كعقد غير مكتوب لا يجوز إثباته بغير الكتابة. مثل هذا العقد لا يكون باطلاً ولا يجوز طلب إبطاله، ولكن لا تمكن المطالبة بتنفيذه، على أنه إذا نفذ الملتزم اختياراً فليس له أن يسترد ما دفع. وظاهر أن هذا الفرض هو إحدى حالات الالتزام الطبيعى فى القانونين المصرى والفرنسى، ولما كان القانون الإنجليزى لا يعترف بالالتزام الطبيعى كنظرية عامة، فقد وضع إحدى حالاته فى نظرية البطلان.

أما الشريعة الإسلامية فلها نظامها الخاص فى تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره ومراتب العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هى العقد الباطل، ثم الفاسد، ثم الموقوف، ثم النافذ، ثم اللازم وهو أقوى مراتب العقود من حيث ظهور الأثر. فالعقد الباطل ما ليس مشروعاً أصلا ولا وصفاً، أى ما كان فى ركنه أو فى محله خلل، وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك فى =

٣٠٢- خطة البحث: والآن نستطيع أن نرسم خطة لبحث نظرية البطلان. فالعقد الباطل والعقد القابل للإبطال يمران بأدوار مختلفة منذ نشأتهما إلى أن يتقرر بطلانهما. فقد يترتب عليهما بعض الآثار، وقد يرد على العقد القابل للإبطال الإجازة أو التقادم فينقلب صحيحاً. ولكن فى أكثر الأحوال يطلب ذو الشأن تقرير بطلان العقد فينعدم.

فالأدوار إذن ثلاثة: (١) ترتيب الآثار. (٢) الإجازة والتقادم. (٣) تقرير البطلان. ونتولى بحث كل من هذه الأدوار.

المبحث الأول

الآثار التى تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للابطال

٣٠٣- الآثار العرضية والآثار الأصلية: العقد الباطل ليس عملاً قانونياً (acte juridique) إذ هو كعقد لا وجود له، ولكنه عمل مادى (acte matériel) أو واقعة قانونية (fait juridique). وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً، ليس هو الأثر الأصلى الذى يترتب على العمل القانونى باعتباره عقداً، بل هو أثر عرضى يترتب على العمل المادى باعتباره واقعة قانونية. على أن العقد الباطل قد ينتج فى حالات استثنائية أثره الأصلى باعتباره عقداً، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل، وطوراً وجوب حماية حسن النية.

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية، وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء. فإذا قلنا العقد الباطل، كان المقصود أن يدخل فى مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر إبطاله(١).

ونتناول الآن كلا من الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل.

= الأعيان المالية ولا بالقبض. والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالة فاحشة، أو يكون العقد خالياً من الفائدة، أو يكون مقروناً بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد. وهو لا يفيد الملك فى المعقود عليه ألا بقبضه برضا صاحبه. والعقد الموقوف هو ما كان العاقد فيه فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه، أو كان صبياً مميزاً. فلا يظهر أثر العقد الموقوف ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازه المالك فى الصورة الأولى، والولى أو الوصى فى الصورة الثانية. والعقد النافذ هو ما صدر من ذى أهلية كاملة فيما يملك التصرف فيه. والعقد اللازم هو ما كان خالياً من خيارات أربعة: خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية. ويستخلص من ذلك أن قواعد البطلان فى الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن قواعد البطلان فى القانون الحديث.

(١) وقد يكون العقد القابل للابطال قبل أن يتقرر بطلانه منتجا لبعض الآثار كواقعة مادية لا كعقد. فهو يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ناقلاً للملكية يستند إليه الحائز فى التملك بالتقادم الخمسى، بخلاف العقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك. فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك، وكان البائع قاصراً، صلح هذا البيع أن يكون سبباً صحيحاً، وتملك المشترى العقار بالتقادم الخمسى. وظاهر أن البيع الصادر من القاصر غير المالك يعتبر فى العلاقة ما بين المشترى والمالك الحقيقى واقعة مادية لا عقداً. وهو لا يكون سبباً صحيحاً إلا قبل إبطاله، أما إذا أبطله القاصر أو المشترى فإنه لا يعود صالحاً لأنه يكون =

المطلب الأول

الآثار العرضية للعقد الباطل

٣٠٤- استعراض بعض هذه الآثار: قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قدمنا. من ذلك الزواج غير الصحيح، فهو فى الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ما بين الزوجين، ولكنه ينتج آثاراً عرضية كوجوب العدة فى بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطاً وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطلان على خلاف فى الرأى[1]. وهذه الآثار لا تترتب على الزواج باعتباره عقداً، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثراً، ولكنها تترتب عليه باعتباره واقعة مادية. فإذا وقع أن رجلاً وامرأة ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين، فالعدة واجبة على أثر هذا الاتصال الفعلى، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء، والمهر بمثابة تعويض عن الدخول، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة الزوجية.

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلاً، ولكنه ينتج بعض الآثار. من ذلك صحيفة الدعوى إذا كلف بها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير مختصة، فتكون باطلة وهى مع ذلك تقطع بالتقادم (م٣٨٣جديد). ومن ذلك أيضاً العطاء اللاحق فى المزايدة يسقط العطاء السابق حتى لو كان العطاء اللاحق باطلاً (م٩٩ جديد).

ومن أهم الآثار العرضية التى ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين، إحداهما نظرية تحول العقد. والأخرى نظرية الخطأ عند تكوين العقد. ونقول كلمة موجزة عن كل منهما.

١ – نظرية تحول العقد(*)

(conversion de contrat)

(ونظرية انتقاص العقد Réduction du contrat)

٣٠٥- النصوص القانونية: لم يكن القانون القديم يتضمن نصاً يقرر النظرية كمبدأ عام ولكن القضاء كان يطبقها فى بعض الحالات. أما القانون الجديد فقد أورد فيها نصاً

= سبباً صحيحاً. ويتصور أن المشترى يبطله إذا كان من مصلحته أن يرجع العقار إلى صاحبه ويرجع بالثمن على القاصر، لاسيما إذا نزلت قيمة العقار عن الثمن وأمكن المشترى أن يرجع بالثمن على القاصر باعتبار أنه قد أفاد منه إفادة كاملة.

(١) فتح القدير ٥ ص٣٠ وما بعدها وص٤٠ وما بعدها.

(*) **بعض المراجع**: سالى فى إعلان الإرادة م١٤٠ فقرة ١- فقرة ٢٣ – جابيو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ ص٦٧٢ وما بعدها – بران (Perrin) رسالة من ديجون سنة ١٩١١ – بيك ليفر (Picdelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ ص١١٦ وما بعدها – الدكتور حلمى بهجت بدوى. مقال فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص٤٠٥ – ص٤٣٢.

صريحاً هو المادة ١٤٤، وهى تجرى على الوجه الآتى:

«إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد[1]».

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية، صاغها الفقهاء الألمان فى القرن التاسع عشر، وأخذ بها التقنين الألمانى كقاعدة عامة فى نص صريح هو المادة ١٤٠[2]. وعلى نهج التقنين الألمانى سار القانون المدنى الجديد.

٣٠٦- كيف يتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح: وتتلخص النظرية فى أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر، فيتحول التصرف الذى قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل، إلى التصرف الذى توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح. وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً.

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح «كمبيالة» لم تستوف الشكل الواجب فتتحول من كمبيالة باطلة إلى سند عادى صحيح. ومن الأمثلة أيضاً شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثاً له، فيكون التعهد باطلاً لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier)، ولكنه يتحول

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للبطلان وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول». وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول حذف العبارة الأخيرة من النص، وقيل فى الرد على ذلك بأن المقصود بهذه المادة أن نضع للقاضى معياراً لتحقيق العدالة، فنحن لا نلزمه بالبحث عن نية المتعاقدين، ولكنا نطالبه أن يستخلص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد، وهذا التكييف القانونى من القاضى يقع تحت رقابة محكمة النقض على أن يكون مفهوماً أن القاضى يبحث فى النية التى كان مفروضاً قيامها قبل النزاع. وانتهت اللجنة إلى الاقتصار على حذف عبارة «لو أنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول» لأنها تزيد لا محل له، ولأن المسألة نيط أمرها بالنية، ولا محل للتقيد بعد ذلك بالعلم أو بأى ظرف آخر مادام الأمر سيرجع فى النهاية إلى تقدير القاضى. وأصبح رقم المادة ١٤٤– ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٦٢ – ص٢٦٧).

(٢) وقد قضت المادة ١٤٠ من التقنين الألمانى بما يأتى: «إذا كان العمل القانونى الباطل يفى بشروط عمل قانونى آخر، فهذا العمل الأخير هو الذى يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان». ويجمع هذا النص شروط التحول الثلاثة التى سيأتى ذكرها، وقد أخذ بالإرادة المحتملة، لا بالإرادة الاحتياطية ولا بانعدام الإرادة العكسية على ما سيأتى بيانه (أنظر فى هذا الموضوع سالى فى إعلان الإرادة م١٤٠ ص١٥٨).

إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها. ومن أمثلة التحول كذلك وصية لاحقة لوصية سابقة، فإذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة، ومثل هذا تصرف باطل في شئ كان قد أوصى به المتصرف قبل صدور التصرف، فيتحول التصرف الباطل إلى عدول صحيح عن الوصية.

٣٠٧- شروط تحول العقد: ويتبين مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح: (١) بطلان التصرف الأصلي. (٢) وتضمنه لعناصر تصرف آخر. (٣) وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر(١).

فيجب أولاً أن يوجد تصرف أصلي باطل(1). ويترتب على هذا الشرط نتيجتان: (١) لو أن التصرف الأصلي كان صحيحاً، فلا يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد تحويل العقد ما يأتي: «استقيت أحكام المادة ٢٠٣ (م١٤٤ جديد) من التقنين الألماني أيضاً. بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانتقاص التي تقدمت الإشارة إليها. فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين. بل الواقع أن القاضي يحل نفسه محلهما، ويبدلهما من عقدهما القديم عقداً جديداً يقيمه لهما. ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصيل باطلاً أو قابلاً للبطلان. فإذا كان صحيحاً فلا يملك القاضي بوجه من الوجوه أن يحل محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره. ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذي يقيمه القاضي قد توافرت جميعاً في العقد الأصيل الذي قام به سبب من أسباب البطلان، فلا يملك القاضي على أي تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل. ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان. ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضي في نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية. فإذا كان يتولى عن العاقدين إعادة إنشاء التعاقد، إلا أنه يسترشد في ذلك بإرادتهما بالذات. وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضي على نحو يتيح تقريب الشقة ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية. ولعل اعتبار الكمبيالة التي لا تستوفي ما ينبغي لها من الشروط الشكلية سنداً أذنياً أو مجرد تعاقد مدني من أبرز التطبيقات العملية التي يمكن أن تساق في صدد فكرة التحويل» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٢٦٣ – ص٢٦٤).

(1) أ- يشترط لتطبيق نظريتي الانتقاص والتحول المنصوص عليهما في المادتين ١٤٣، ١٤٤ من القانون المدني أن يكون العقد في شق منه أو كله باطلا أو قابل للابطال، فإذا كان العقد قد علق على شرط لم يتحقق، فإن مؤدى ذلك هو عدم اعمال حكم المادتين المشار إليهما في شأنه.

(جلسة ١٩٦٦/٦/١٤ الطعن ٢٤٣ لسنة ٣١ق س١٧ ص١٣٥٩)

ب- ثبوت بطلان عقد ايجار عين النزاع مفروشة لصدوره من أجنبي. طلب استئجارها خالية. اعتداد الحكم المطعون فيه بنص المادتين ١٤٢، ١٤٤ من القانون المدني فتحول العقد الباطل دون اعمال نص المادة ٢٥ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الواجب التطبيق وما يقضى به القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧. خطأ. علة ذلك. تعارض النص الخاص مع النص العام وجوب تطبيق النص الخاص. بطلان التصرف لمخالفته قوانين ايجار الأماكن. وجوب تطبيق حكم المادة ٢٥ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١. عدم جواز التحدي باحكام المادتين ١٤٢، ١٤٤ من التقنين المدني.

(جلسة ١٩٩٤/٤/١٤ الطعن ٧٤٤٨ لسنة ٦٣ق السنة ٤٥ ص٧٠٩) =

على التصرف الأول، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر. مثل ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية، ويتبين أن كلا من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة، فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة، لأن الهبة وقعت صحيحة، ولا يتحول إلا التصرف الباطل. (٢) يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلاً بأكمله. أما إذا كان جزء منه باطلاً وكان التصرف قابلاً للانقسام، فلا يكون هناك محل لتحول التصرف، بل لانتقاصه (réduction)، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح. وقد نصت المادة ١٤٣ من القانون المدني الجديد صراحة على هذا الحكم، فقضت بأنه «إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله»(١). مثل ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك، فتقع قسمة الموقوف باطلة، وتبقى قسمة المملوك صحيحة، إلا إذا أثبت من يطعن في القسمة كلها أنها ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف. ويتبين من ذلك أن وجود شرط باطل في وصية، يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف، أو يبطل هو وحده

= جـ) تحول التصرف الباطل إلى آخر صحيح. شرطه بطلان التصرف الاصلي وأن تتوافر فيه جميع عناصر التصرف الآخر.

(جلسة ١٩٩٤/٤/١٣ الطعن رقم ٢٩١١ لسنة ٥٩ق السنة ٤٥ ص٦٩٤)

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ٢٠٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للبطلان، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للبطلان». وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية، وأصبح رقم المادة ١٤٧ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذفت عبارة «أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً» لأن هذه العبارة جاءت على سبيل الإيضاح وهي تقرر نتيجة تستخلص في غير عناء من النص نفسه، وأصبح رقم المادة ١٤٣. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٢٥٩ – ص٢٦١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي: «اقتبس المشروع أحكام المادة ٢٠٢ (م١٤٣ جديد) من التقنينات الجرمانية، ومن بينها التقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري والتقنين البولوني بوجه خاص (أنظر أيضاً المادتين ٣٠٨/٣٢٧ من التقنين التونسي والمراكشي). وهي تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبي على شق منه. فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع، أو أن بيعاً ورد على عدة أشياء وقع العاقد في غلط جوهري بشأن شئ منها، ففي كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المطلق أو النسبي من العقد إلا الشق الذي قام به سببه. وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلاناً مطلقاً، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشئ الذي وقع الغلط فيه بطلاناً نسبياً، ويظل ما بقي من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً، ما لم يقم من يدعي البطلان الدليل على أن الشق الذي يبطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً لا ينفصل عن جملة التعاقد (قارن المادة ١٣٩ من التقنين الألماني والمادتين ٣٠٨/٣٢٧ من التقنين التونسي والمراكشي، وهي تلقي عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما بقي من أجزاء العقد). وغني عن البيان أن هذه الأحكام التشريعية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٢٦٠).

إذا لم يكن هو الدافع، يدخل فى نطاق قاعدة انتقاص العقد. ويدخل فى نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود على أن ينقص ما يزيد على هذا الرقم، كعقد بقاء فى الشيوع اتفق على أن تكون مدته أكثر من خمس سنوات فتنقص المدة إلى خمس (م٨٣٤ جديد)، أو عقد قرض بفوائد تزيد على ٧ فى المائة فتنقص الفوائد إلى ٧ فى المائة (م٢٢٧ جديد). فى مثل هذه الأحوال ينتقص العقد لا يتحول مادام قابلاً للتجزئة. أما إذا لم يكن قابلاً لها فإنه يبطل بأكمله. وقد يكون هناك محل فى هذه الحالة لتحوله إلى عقد آخر صحيح، كما قد يكون هناك محل فى حالة الانتقاص لتحول الجزء الباطل وحده إلى عقد آخر صحيح. وانتقاص العقد ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، وكان القضاء يأخذ به فى ظل القانون القديم(١).

ويجب ثانياً أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذى يتحول إليه دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد. فإذا اختل هذا الشرط لم يجز التحول. مثل ذلك شخص باع أرضاً من آخر، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض(٢).

ويجب أخيراً أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذى تحول إليه التصرف الأصلى. وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية، بل

---

(١) محكمة الزقازيق فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦٥ ص٢٣٢ – وانظر فى موضوع الانتقاص مقالا للدكتور حلمى بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص٤٠٥ – ص٤٠٧ – وأنظر أيضاً المادة ٢٠ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسرى.

(٢) ومن ثم لا يعد تحولا ما نصت عليه المادة ١٢٤ من القانون المدنى الجديد. وقد رأينا، تطبيقاً لهذه المادة، أن الشخص الذى اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشئ الأثرى الذى قصد شراءه (أنظر آنفاً فقرة ١٧٨). وليس فى هذا تحول بيع شئ غير أثرى إلى بيع شئ أثرى، لأن البيع الثانى أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجوداً فى البيع الأول، وهو الشئ الأثرى بالذات، فتخلف بذلك شرط من شروط التحول.

ويحسن فى هذه المناسبة أن نشير إلى وجوب التمييز ما بين تصحيح العقد وتحوله وإجازته. فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدى قانوناً إلى جعله صحيحاً. فعرض البائع على المشترى أن يعطيه الشئ الأثرى الذى قصد شراءه فى المثل المتقدم يجعل المشترى مرتبطاً بالعقد كما قدمنا، وإدخال هذا العنصر الجديد – الشئ الأثرى – على العقد قد أدى قانوناً إلى جعل العقد صحيحاً. وفى الاستغلال يجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف المستغل دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن، فعرض ما يكفى لرفع الغبن هو ادخال عنصر جديد فى العقد أدى إلى تصحيحه. وكذلك الحال فى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل فى بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان فى البيع غبن يزيد على الخمس. ويعتبر أيضاً تصحيحاً لعقد القسمة إكمال نصيب المتقاسم المغبون ما نقص من حصته إذا لحقه غبن يزيد على الخمس. ومن قبيل تصحيح العقد تخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧٪، وتخفيض الأجل الاتفاقى للبقاء فى الشيوع إلى خمس سنين، وإن كان التصحيح فى هاتين الحالتين الأخيرتين قد أتى عن طريق انتقاص العقد =

معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصلى باطل. فإرادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصلى، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر(1). ومن هنا نرى أن القاضى قد استخلص من التصرف الباطل – باعتباره واقعة مادية – عناصر تصرف صحيح انصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين، فأقام هذا التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل، وجعل ذلك أثراً عرضياً لهذا(١).

= وهو إجبارى بمقتضى القانون لا اختيارى بإرادة المتعاقد، ويجرى التصحيح، كما رأينا، بتغيير فى عنصر من عناصر العقد: إما بإبداله بعنصر جديد كما فى إبدال غير الأثرى بالأثرى، وإما بزيادة فيه كالتكملة فى حالتى الاستغلال والغبن، وإما بانتقاص منه كتخفيض الفوائد الاتفاقية. وإنقاص الأجل الاتفاقى للبقاء فى الشيوع. والتصحيح هو مزيج من تصرف إرادى وعمل مادى يصدر، بخلاف الإجازة. من الطرف الذى لم يتقرر بطلان العقد لصالحه. وله أثر رجعى كالإجازة، فيعتبر العقد المصحح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه – وتصحيح العقد غير مراجعة القاضى للعقد. فالتصحيح يكون بمقتضى إرادة المتعاقد أو بمقتضى حكم القانون، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضى. والتصحيح لا يكون إلا فى عقد نشأ معيباً منذ البداية، أما مراجعة العقد فقد تكون فى عقد نشأ معيباً كإنقاص الالتزامات فى الاستغلال وفى عقود الإذعان، وقد تكون فى عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضى للمسائل غير الجوهرية التى لم يتفق عليها المتعاقدان (م٩٥ جديد) وكإنقاص الالتزام المرهق فى نظرية الحوادث الطارئة.

أما تحويل العقد فهو، كما رأينا، استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أى عنصر جديد، بل تبقى عناصر العقد القديم كما هى، وإنما تكيف تكييفاً قانونياً غير التكييف الأول، فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم. وعدم إدخال أى عنصر جديد هو الذى يميز التحول من التصحيح.

وأما إجازة العقد فهى، كما سنرى، استبقاء العقد القابل للابطال بعناصره كما هى، وفى هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح، مع استبقاء العقد المجاز على تكييفه القانونى الأصلى دون أن يكيف تكييفاً جديداً، وفى هذا تتفق الإجازة مع التصحيح وتختلف عن التحول.

(1) أ– المادة ١٤٤ من القانون المدنى تشترط لتحول العقد الباطل أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما فى العقد الأصلى من اسباب البطلان. وتعرف هذه النية من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا معقب عليها فى ذلك متى أقام رأيه على أسباب تسوغه.

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤ الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٥٠ق س٣٤ ص١٦٦٤)

(جلسة ١٩٧٠/١/٢٩ الطعن ٤٦٤ لسنة ٣٥ق س٢١ ص٢١٣).

(جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ الطعن ٤٠٧ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٤٢٠)

ب– فكرة تحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح تفترض قيام العقد الجديد بين نفس العاقدين بصفاتهما التى اتصفا بها فى العقد القديم، فليس فى سلطة القاضى إجراء أى تغيير فى هذه الصفات لخروج ذلك عن نطاق التحول. لما كان ذلك فان تحول العقد يكون ممتنعا إذا كان يستلزم ذلك ادخال متعاقد جديد ليعقد العقد. وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقصد بتحول العقد الأصلى الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلا لغيره إلى بيع جديد صدر منه بصفته الشخصية، فأنه لا يكون قد خالف القانون.

(١٩٧٠/١١/٢٦ مجموعة المكتب الفنى للنقض السنة ٢١ ص١١٧٦)

نظرية الخطأ عند تكوين العقد(*)

(Culpa in contrahendo)

٣٠٨ – كيف يكون هناك خطأ عند تكوين العقد – وما هو جزاء هذا الخطأ: قد يكون العقد باطلا أو قابل للإبطال، ويكون سبب البطلان آتياً من أحد المتعاقدين، أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد، ويطمئن إلى ذلك، ويبنى تعامله على هذا الاعتقاد. فإذا تقرر بطلان العقد، ناله من وراء ذلك ضرر لم يكن فى حسابه. فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتياً من جهته، وعلى أى أساس قانونى يكون هذا الرجوع؟

هذا هو وضع المسألة فى نظرية الخطأ عند تكوين العقد. ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل. فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسئولية المتعاقد الذى أتى سبب البطلان من جهته، فكيف إذن يمكن الرجوع عليه؟

ونأتى بأمثلة توضح ما أسلفناه. قد يكون العقد باطلاً لانعدام الرضاء، كشخص يترك خاتمه عند آخر فيوقع هذا به عقداً يطمئن إليه الطرف الآخر، وكمدير شركة يصدر سندات غير صحيحة يطمئن إليها من يشتريها، وكالموجب يعدل عن إيجابه قبل أن يتلاقى بالقبول ولكن المتعاقد الآخر يطمئن إلى أن العقد قد تم. وقد يرجع سبب البطلان للمحل

(١) ويبرر ذلك أن التصرف الصحيح قد قام على الغاية التى قصد إليها المتعاقدان (volonté téléologique) كما يقول سالى. فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها، وقد اختار لذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه. فإن كان هناك طريق قانونى صحيح يؤدى إلى الغاية ذاتها، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانونى الصحيح يؤدى إلى الغاية العملية التى قصداها. فالعبرة إذن بالغاية العملية، لا بالإرادة القانونية.

هذا وهناك من أنصار نظرية الإرادة الباطنة من يشترط فى التحول أن تنصرف إرادة المتعاقدين احتياطياً إلى التصرف الصحيح الذى تحول إليه التصرف الباطل. فلا تكفى الإرادة المحتملة، بل يجب أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلى فتنصرف إرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقيق هذا الاحتمال. والإرادة الاحتياطية هى كما نرى إرادة حقيقية. ويكون المتعاقدان قد أرادا تصرفاً باطلاً فى الأصل، وأرادا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتياط، فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لا على إرادة محتملة.

وعلى النقيض من ذلك يوجد من أنصار نظرية الإرادة الظاهرة من لا يتطلب لا إرادة احتياطية ولا إرادة محتملة، بل يكتفى بانعدام الإرادة العكسية. فيتحول العقد ما لم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا التحول.

(*) **بعض المراجع:** إهرنج: أعماله المختارة جزء ٢ ص١ ص١٠٠ – سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٥٣ – فقرة ١٦١ – سالى فى إعلان الإرادة م١٢٢ فقرة ١– فقرة ٦ وم١٤١ فقرة ٥٤ – فقرة ٦٠– روبييه رسالته فى المسئولية السابقة على التعاقد – لجرو (Legros) فى المسئولية عند بطلان العقد ديجون سنة ١٩٠٠ – رو (Roux) فى التعويض عن بطلان العقد باريس سنة ١٩٠١ – هلستراد فى الالتزامات التى تنشأ عند إعداد العقد باريس سنة ١٩٣٢ – الدكتور حلمى بهجت بدوى مقاله فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص٣٨٤ – ص٤٠٥.

أو السبب، كأن يبيع شخص شيئاً غير موجود أو لم تتوافر فيه شروط المحل، وكأن يلتزم البائع لسبب غير مشروع، ولكن المشترى لا يعلم سبب البطلان ويطمئن إلى قيام العقد. وقد يكون العقد قابلاً للإبطال، كأن يتقدم قاصر إلى التعاقد ويطمئن من يتعاقد معه إلى صحة العقد، وكأن يقع أحد المتعاقدين فى غلط لا يشترك معه فيه الطرف الآخر بل يطمئن إلى أن التعاقد صحيح، وكمن يشترى من غير المالك معتقداً أنه المالك.

ومن هذه الأمثلة ما عالجه القانون بنصوص خاصة. فالموجب الذى يعدل عن إيجابه إذا وصل عدوله إلى الطرف الآخر بعد وصول الإيجاب لم يعتد بالعدول (م٩١ جديد). ولا يعتد بعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بذلك كما أسلفنا. ويلزم ناقص الأهلية بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته (م١١٩ جديد). وإذا شاب التعاقد غلط لم يشترك فيه الطرف الآخر ولم يعلم به، فالغلط لا يؤثر فى صحة العقد (م١٢٠ جديد). وإذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م٤٦٨ جديد).

ولكن فى غير الأمثلة التى ورد فيها نص خاص كيف يستطيع المتعاقد الذى اطمأن إلى صحة العقد أن يرجع على المتعاقد الذى أتى سبب البطلان من جهته؟ يمكن القول منذ الآن إن العقد الباطل يعتبر واقعة مادية، إذا توافرت فيها شروط الخطأ التقصيرى، رجع المتعاقد الذى اطمأن إلى صحة العقد بالتعويض عن هذا الخطأ على المتعاقد الذى أتى من جهته سبب البطلان. ومن ثم يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً، لا على أساس أنه عقد، بل على أساس أنه واقعة مادية.

٣٠٩ – نظرية إهرنج فى الخطأ عند تكوين العقد: على أن إهرنج (Ihering) الفقيه الألمانى المعروف واجه هذا الفرض فى صوره المتعددة، فوضع له نظرية معروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in contrahendo). ودعاه إلى ذلك أن القانون الرومانى كان فى ألمانيا هو القانون المعمول به فى عهده. ولم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يرتب مسئولية مدنية، بل كانت الأعمال الضارة التى توجب التعويض مقيدة بشروط معينة يقضى بها قانون أكيليا (Aquilia) المعروف. فلم يستطع إهرنج أن يقرر أن العقد الباطل كواقعة مادية، يعتبر خطأ يوجب التعويض. ولكنه نقب فى نصوص القانون الرومانى فعثر على بعض النصوص التى تقضى برجوع أحد المتعاقدين على الآخر فى العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها[1]. واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية. ولم يرد الاقتصار على التطبيقات التى وجدها فى القانون الرومانى، بل رسم مبدأ عاماً يقضى بأن كل متعاقد تسبب، ولو بحسن نية، فى إيجاد مظهر تعاقدى اطمأن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذى قام عليه هذا المظهر، يلتزم

(١) إهرنج: أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص١٠ وما بعدها.

بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعوض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد، بحيث يرجع إلى الحالة التى كان يصير إليها لو لم يتعاقد(١).

وتتميز نظرية إهرنج هذه بأن كلا من المقومات الثلاثة للمسئولية – الخطأ والعقد والتعويض – يتلون فيها بلون خاص.

أما الخطأ فينحصر فى إقدام المتعاقد الذى أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد، وكان واجباً عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب توجب بطلان العقد، على أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان، فإنه يبقى أن ضرراً قد وقع، وأن من العدل أن يتحمله هو وقد وجد سبب البطلان فى جانبه، لا أن يتحمله المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن فى موقف يستطيع فيه أن يكشف عن هذا السبب. فوجود سبب البطلان فى جانب أحد المتعاقدين هو فى ذاته خطأ (culpa) يوجب التعويض.

وأما العقد الذى أخل به المتعاقد المسئول فقد كان من الممكن تصويره على أنه عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد. ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمنى لهذا التعهد، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين. ولكن إهرنج يصطدم هنا أيضاً بقواعد القانون الرومانى، فهذه القواعد ضيقة فى العقد كما هى ضيقة فى الخطأ. وليس كل إيجاب وقبول فى القانون الرومانى يعتبر عقداً. لذلك لا يقيم إهرنج مسئولية المتعاقد على عقد الضمان هذا، إذ هو لا يعتبر عقداً كما قدمنا، بل يقيمها على العقد الباطل ذاته، ولكن لا كواقعة مادية فليس كل عمل ضار يعتبر خطأ فى القانون الرومانى، بل كعقد حيث تسعفه مجموعة من النصوص استخلص منها إهرنج قاعدة عامة كما أسلفنا. فإذا قيل إن العقد باطل فرضاً فكيف ينتج أثراً، أجاب إهرنج بأنه لا يجوز أن يجرد العقد الباطل من كل آثاره، وإذا نقص العقد ركن أو شرط فأصبح باطلاً، كان معنى البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط. واستشهد إهرنج على صحة هذا الرأى بتطبيقات مختلفة فى القانون الرومانى(٢). وهذا رأى يقرب كثيراً من نظرية تنوع مراتب البطلان التى سبقت

(١) وقد ضرب إهرنج لذلك مثلاً: متجر فى مدينة كولونيا أبرق إلى مصرف فى مدينة فرانكفورت أن يبيع لحسابه عدداً معيناً من السندات. ولكن لفظ «يبيع» بالألمانية (verkaufen) وقع فيه خطأ مادى، وحذف منه المقطع الأول (ver) فأصبح (kaufen)، وهذا اللفظ معناه «يشترى». فكان من ذلك أن اشترى المصرف لعميله بدلا من أن يبيع. ونزل سعر السندات بعد ذلك، فبلغت الخسارة مبلغاً جسيماً (إهرنج: أعماله المختارة الترجمة الفرنسية جزء ٢ ص٧–ص٨).

(٢) إهرنج: أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص٢٨ – ص٣٠.

الإشارة إليها. ونرى من ذلك أن إهرنج يرتب على العقد الباطل أثراً أصلياً، لا باعتباره واقعة مادية، بل على أساس أنه عقد. وهذه الخصيصة هى أبرز خصائص نظريته.

وأما التعويض فلونه الخاص فى نظرية إهرنج هو ألا يكون تعويضاً كاملاً كما فى التعويض عن عقد صحيح. فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية (intérêt positif- Erfullungs Interesse). أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية (intérêt négatif- negative Vertrugs Interesse). ويأتى إهرنج بمثل يبين الفرق بين التعويضين: شخص احتجز غرفة فى فندق وتخلف عن الحضور. فإذا كان العقد صحيحاً كان مسئولاً عن تعويض المصلحة الإيجابية، أى عن الضرر الذى أصاب صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد، فيدفع أجرة الغرفة. أما إذا كان العقد باطلاً ومع ذلك اطمأن صاحب الفندق إلى صحة التعاقد، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلبية، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء توهمه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التى كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من التعاقد. ويترتب على ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محتجزة. وقد رأينا فى الحالة الأولى أنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها أحد. – ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من التعويض عن المصلحة الإيجابية. ويضرب إهرنج لذلك مثلاً: تاجر باع عشرة صناديق من «السجاير»، وكان العقد صحيحاً ولكن المشترى لم ينفذه، فللبائع أن يطلب تعويضاً عن المصلحة الإيجابية، أى الربح الذى كان يجنيه من الصفقه والخسارة التى لحقته من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبد نفقات فى إرسال الصناديق واستردادها. أما إذا كان العقد باطلاً، بأن كان المشترى لم يطلب إلا صندوقاً واحداً مثلاً ولكن وقع خطأ مادى فى الرسالة جعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق، فإن التعويض الذى يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يعود للحالة التى كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعاقد. فيرجع بنفقات إرسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذى كان يربحه لو تمت الصفقة. فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية. – وقد يكون مساوياً له، وذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية ينطوى هو أيضاً على عنصرين: الخسارة التى لحقت الدائن والمكسب الذى فاته. فإذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق العشرة بالثمن ذاته وامتنع عن إتمامها ظناً منه أن الصفقة الأولى قد تمت، ففى هذه الحالة يرجع أيضاً بالمكسب الذى فاته إلى المصروفات التى أنفقها، فيستوى التعويضان – وإذا فرض أن الصفقة التى امتنع عن إتمامها كانت تدر عليه ربحاً أكثر من ربح الصفقة الأولى ولكنه رفضها احتراماً لتعاقده الأول، فإن التعويض عن المصلحة السلبية يكون فى هذه الحالة أكبر من التعويض عن المصلحة الإيجابية. ولكن الظاهر أن الدائن إذا تقاضى تعويضاً عن المصلحة السلبية، فلا يصح أن يجاوز هذا التعويض حدود التعويض عن المصلحة الإيجابية، وإلا استفاد دون حق من بطلان العقد. – على أن التعويض عن المصلحة السلبية

قد يكون في بعض الفروض منعدماً، ففى المثال الذى نحن بصدده إذا فرض أن التاجر تبين بطلان العقد قبل أن يرسل الصناديق إلى المشترى وقبل أن تعرض عليه صفقة أخرى، فإنه لا يتقاضى تعويضاً ما، إذ لم يفته مكسب ولم يتكبد خسارة[1].

٣١٠- أثر نظرية إهرنج فى القوانين الحديثة: وقد تأثرت بعض القوانين الحديثة بنظرية إهرنج سالفة الذكر. ونتعقب هذا الأثر فى القانون الألمانى بنوع خاص. ثم نرى إلى أى حد أخذ بالنظرية كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى القديم والقانون المصرى الجديد.

أما فى القانون الألمانى فقد أخذ المشرع بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، ولكن لا كنظرية عامة، بل فى مواطن متفرقة. فنص فى المادة ١٢٢ على أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلاً وفقاً للمادة ١١٨ (إرادة غير جدية)، أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين ١١٩ (الغلط) و١٢٠ (الخطأ فى نقل الإرادة)، فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين أن يعوض هذا الشخص، وإذا لم تكن موجهة لشخص ما أن يعوض أى شخص، عن الضرر الذى أصابه لاعتقاده صحة الإرادة، دون أن يجاوز مقدار التعويض حد ماله من المصلحة فى أن تكون الإرادة صحيحة. وينقطع الالتزام بالتعويض إذا كان من أصابه الضرر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب البطلان أو القابلية للإبطال. وهذا النص تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى فروض معينة: فرض الإرادة غير الجدية وفروض الغلط. ونصت المادة ٣٠٧ من القانون الألمانى على أن الطرف الذى يعلم، أو يجب ضرورة أن يعلم، عند إتمام عقد يرمى إلى عمل مستحيل، باستحالة هذا العمل، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى أصابه من جراء اعتقاده بصحة العقد، دون أن يجاوز مبلغ التعويض حد المصلحة التى لهذا الطرف فى صحة العقد. على أنه لا محل للالتزام بالتعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم، أو يجب ضرورة أن يعلم، بهذه الاستحالة. وهذا النص تطبيق آخر للنظرية فى فرض بطلان العقد لاستحالة المحل، ويتميز بأنه يشترط فيه خطأ فى جانب الطرف المسئول، فهو إما أن يكون غالباً باستحالة تنفيذ العقد وفى هذه الحالة يكون سئ النية، وإما أن يكون فى استطاعته أن يعلم بهذه الاستحالة وفى هذه الحالة يكون مقصراً، فهو مخطئ فى الحالتين ومسئوليته مبنية على هذا الخطأ. ونلاحظ أن القانون الألمانى إذا كان قد أخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى الفروض التى قدمناها، فإنه لم يبن المسئولية على خطأ عقدى كما فعل إهرنج، فقد جعل المسئولية تقصيرية فى الفرض الأخير كما رأينا، وجعلها مسئولية مادية فى الفرض الأول.

أما فى القانون الفرنسى فقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد. واستند سالى فى ذلك إلى نص المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسى، وهو يقضى بأن بيع الغير باطل ويترتب عليه الحكم بالتعويض إذا كان المشترى يجهل أن الشئ مملوك للغير. فمصدر التعويض فى هذه الحالة، فى نظر سالى، لا يمكن أن يكون خطأ من

(١) إهرنج: أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص١٨ - ص٢٢.

البائع فقد يكون حسن النية، وإنما هو عقد ضمان يستخلص من ظروف التعاقد، إذ أن البائع بإقدامه على البيع يكون قد تعهد ضمناً بكفالة صحة العقد[1]. على أن جمهرة الفقهاء الفرنسيين لا تأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، وترى فى حالة ما إذا كان العقد باطلاً أن من أتى سبب البطلان من جهته لا يكون مسئولا إلا إذا ثبت خطأ فى جانبه طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية[2].

والقانون المصرى القديم كالقانون الفرنسى لم يؤخذ فيه بنظرية الخطأ عند تكوين العقد[3].

وكذلك هو الأمر فى القانون الجديد. بل إن المشرع التمهيدى لهذا القانون كان قد تضمن نصاً يقرر هذه النظرية، فحذف النص فى المشروع النهائى «لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها»[4]. وإذا كانت الفقرة الأولى فى المادة ١٤٢ من القانون الجديد تنص على أنه «فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد»، فليس المقصود من هذا كما سنرى التعويض عن المصلحة السلبية المعروفة فى نظرية الخطأ فى تكوين العقد، بل أن يرد كل من المتعاقدين ما تسلمه من الآخر، دون تعويض عن أية مصلحة إيجابية أو سلبية، إلا إذا ثبت فى جانب المسئول خطأ تقصيرى، وإذا تعذر الرد حكم بتعويض متبادل. وإذا كانت المادة ١١٩ تنص على أنه «يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته». فالتعويض هنا، كما هو ظاهر، مبنى على أساس المسئولية التقصيرية، وهى ترجع إلى الطرق الاحتيالية التى استعملها القاصر، بحيث لو لم يستعملها لما ألزم بتعويض لا عن مصلحة إيجابية ولا عن مصلحة سلبية. وإذا كانت المادة ٤٦٨ فى بيع ملك الغير قد نصت على أنه «إذا حكم للمشترى بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو

(١) سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٦١ - أنظر أيضاً فى هذا المعنى بتوسع كبير بودرى وباردا فقرة ٣٦٢.

(٢) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٣١ وفقرة ٣٢٤ - ومع ذلك أنظر فقرة ١٨٩. مازو فقرة ١١٦ - ١٢١ - هلسنراد ص٧٥ وص١٨٩ - ص١٩٠.

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٩٢.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٦٣ فى الهامش - وكانت المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى: «١- إذا كان العقد باطلاً أو قابلا للبطلان، فعلى الطرف الذى يتمسك بالبطلان أن يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذى لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد، دون أن تجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التى كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحا. ٢- على أنه لا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد فى وقوع هذا البطلان، أو كان يعلم بسببه، أو ينبغى أن يعلم به». وقد اقترح فى لجنة المراجعة حذف النص لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها، فوافقت اللجنة على ذلك. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٦٢ - ص٢٦٣ فى الهامش).

كان البائع حسن النية»، فذلك لأن المشرع قد اعتبر أن بيع الشخص لشئ غير مملوك يعتبر فى ذاته خطأ تقصيرياً يوجب التعويض، ولو كان هذا الشخص حسن النية.

٣١١ – رفض نظرية إهرنج والرجوع إلى فكرة الخطأ التقصيرى دون الخطأ العقدى

والواقع من الأمر أن نظرية إهرنج كانت من نظريات الضرورة، قال بها اضطراراً لما ضا القانون الرومانى عن أن يتسع لحاجات التعامل، فوسّع من فكرة الخطأ ومن فكرة العق كما رأينا. أما الآن فنحن فى سعة من أمرنا بعد أن تحررنا من قيود القانون الرومانى وأصبح كل خطأ موجباً للمسئولية أياً كان هذا الخطأ. فإذا ثبت فى جانب من أتى سبب البطلان من جهته تقصير كان مسئولا، ولن نحار فى تكييف هذه المسئولية، فهى مسئول تقصيرية مبنية على الخطأ الثابت.

على أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية غير صحيحة. فهى بين أمرين. إما أ تجعل قيام سبب البطلان فى جانب المتعاقد خطأ حتما، وقد يكون هذا المتعاقد يجهل ك الجهل سبب البطلان ولم يرتكب أى تقصير فى ذلك، فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحم التبعة منه إلى الخطأ التقصيرى. وإما أن تفرض عقداً ضمنياً بكفالة التعاقد، ونحن إذ تأول هذا العقد ونقسر عليه المتعاقد قسراً ولا نتمشى فى ذلك مع نيته الحقيقية. على أ هذا العقد الضمنى لا يستقيم لنا فى كل الأحوال. فلو أن سبب البطلان كان القص أيكون القاصر، وهو غير ملتزم بالعقد الصريح الذى تقرر إبطاله لنقص أهليته، ملتزماً بالعة الضمنى الذى يكفل به صحة التعاقد! وأين نقص الأهلية! ألا يؤثر فى العقد الضمنى ك أثر فى العقد الصريح! وقل مثل ذلك فى حالة بطلان العقد لعدم جدية الإرادة، فمن ك هازلاً فى العقد الصريح ألا يكون أكثر هزلاً فى العقد الضمنى! ثم إن التعويض ع المصلحة السلبية دون المصلحة الإيجابية ينطوى على شئ من التحكم قد يصعب تبريره ف بعض الحالات. كذلك الباقى من المقومات الثلاثة للنظرية – الخطأ والعقد – فى ك منهما انحراف غير مستساغ عن القواعد العامة، وهو انحراف لم تعد الضرورة تبرو والقانون الألمانى ذاته لم يأخذ، كما رأينا، بالنظرية كقاعدة عامة، بل قصر النص فيها عا حالات معينة، وهو فى هذه الحالات حاد عن النظرية فى الصميم منها، فلم يجه المسئولية العقدية، بل جعلها تقوم تارة على تحمل التبعة وطوراً على التقصير، وقد تقد بيان ذلك.

فالأولى إذن الرجوع على فكرة المسئولية التقصيرية فى الخطأ عند تكوين العق واعتبار العقد الباطل واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيرى فتوجب التعويض ويكون العقد الباطل، فى هذه الحالة أيضاً، قد أنتج أثراً عرضياً، لا باعتباره عقداً، باعتباره واقعة مادية[1].

(١) قارن الدكتور حلمى بهجت بدوى فى أصول الالتزامات فقرة ١٧٤ – فقرة ١٧٩ – ولا يغيب البال أننا، وقد جعلنا المسئولية تقصيرية، نوجب الأخذ بقواعد هذه المسئولية. فيجب على من

المطلب الثانى
الآثار الأصلية للعقد الباطل

٣١٢ – لأى غرض يرتب العقد الباطل آثاره الأصلية: قد يرتب القانون فى بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية، لا باعتباره واقعة مادية كما هو الأمر فى الآثار العرضية، بل باعتباره عقداً، فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء. وفى هذا خروج صريح على القواعد العامة، يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر (apparence) لاسيما إذا اصطحب بحسن النية (bonne foi)، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل.

فالظاهر المستقر الذى اطمأنت إليه الناس فى تعاملهم يبقى فى حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها. هذا الأصل الجوهرى من أصول القانون، الذى تندرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية فى مختلف تطبيقاتها، يمتد أيضاً ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً.

٣١٣ – أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الأصلية: ونورد بعض الأمثلة على ما قدمناه. فمن ذلك الشركة التجارية التى لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً، فإنها تقع باطلة. ومع هذا فقد قضت المادة ٥٤ من قانون التجارة بأنه إذا قضى ببطلان الشركة، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التى تمت قبل طلب البطلان تجرى وفقاً لشروط الشركة التى قضى ببطلانها. وهذا الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً. ووجه ذلك أن الشركة التى قضى ببطلانها تعتبر فى المدة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقعية (société de fait)، تنتج الآثار التى تنتجها الشركة الصحيحة، ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحاً، ويجنى الشركاء الربح ويتحملون الخسارة، ويقتسمون مال الشركة طبقاً للشروط التى اتفقوا عليها فى العقد الباطل.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من القانون الجديد من أنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن». ويتبين من هذا النص أن عقد الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون – إذ أن سند ملكيته قد أبطل أو فسخ أو ألغى أو زال لأى سبب – يبقى بالرغم من بطلانه مترتباً عليه آثاره الأصلية، ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن.

= يطالب بالتعويض إثبات أن العقد الباطل قد استكمل عناصر الخطأ، لأن الخطأ واجب الاثبات هنا. ويجب أيضاً أن يلاحظ أن الخطأ التقصيرى يختلف عن الخطأ العقدى فى الأهلية وفى مدى التعويض وفى الإعذار وفى التضامن وفى الإعفاء الاتفاقى من المسئولية، وسيأتى بيان هذا كله عند الكلام فى المسئولية التقصيرية.

وشبيه بذلك المالك إذا فسخ سند ملكيته، فإن أعمال الإدارة التى صدرت منه قبل الفسخ، وبخاصة عقود الإيجار التى لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات، تبقى قائمة بالرغم من فسخ سند الملكية بأثر رجعى، وذلك حماية لاستقرار التعامل فى أعمال الإدارة.

ويتصل بذلك العقد الصورى، وهو عقد لا وجود له، ومع ذلك يقوم بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه. وكالعقد الصورى تصرفات الوارث الظاهر، فإنها تبقى رعاية لاستقرار التعامل. وهناك تطبيقات أخرى كثيرة للمبدأ القاضى بأن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون (error communis facit jus).

المبحث الثانى
الإجازة والتقادم

٣١٤- مقارنة بين العقد الباطل والعقد القابل للابطال من حيث الإجازة والتقادم: العقد الباطل لا وجود له منذ البداية، فلا يتصور أن تلحقه الإجازة أو أن يتقادم الدفع ببطلانه. أما العقد القابل للإبطال فهو فى مرحلته الأولى، كما رأينا، يرتب جميع آثاره كالعقد الصحيح، وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق فى طلب إبطاله. ويزول هذا الحق بالنزول عنه، وهذه هى الإجازة، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل، وهذا هو التقادم. فالعقد القابل للإبطال إذن، خلافاً للعقد الباطل، تلحقه الإجازة ويرد عليه التقادم(١).

المطلب الأول
الإجازة (Confirmation)
١ – العقد الباطل

٣١٥- العقد الباطل لا تلحقه الاجارة: نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وتظهر أهمية التفريق بين البطلان المطلق والبطلان النسبى من وجوه: .... (ب) ومادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة. ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان، فهى تصحح بالإجازة، ولو كانت ضمنية، بشرط أن تتوافر شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المتعاقد القاصر سن الرشد وقت الإجازة مثلا) وأن تكون الإجازة ذاتها منزهة عن العيب، إذ ينبغى أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها باعتبارها تصرفاً قانونياً. وإذا كان أثر الإجازة يستند، أو ينعطف على الماضى، إلا أنها لا تضر بحقوق الغير. فلا تضر الإجازة مثلاً من يشترى عقاراً كان قد سبق لمالكه بيعه، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل إجازة هذا البيع. ولما كان التدليس والإكراه من قبيل الأفعال الضارة التى تلحق بها صفة التقصير المدنى، فيظل مرتكبها مسئولا عما وقع منه بمقتضى القواعد العامة، رغم إجازة العاقد الآخر للتعاقد، ما لم تنطو الإجازة على إسقاط هذه المسئولية. (جـ) ومادام العقد المطلق البطلان معدوماً، أو غير موجود، فلا يتصور أن يرد عليه بالتقادم. وعلى النقيض من ذلك ينعدم البطلان النسبى بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إنشاء العقد، أو بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ زوال نقص الأهلية أو تبين الغلط أو التدليس أو انقطاع سلطان الإكراه». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٥٦ – ص٢٥٧).

القانون الجديد على أنه «إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة»(١).

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم، والعدم لا يصير وجوداً ولو أجيز(1). وإذا كانت المادة ٤٨٩ من القانون الجديد قد نصت على أن «إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه»، فإن ذلك يحمل على أن القانون هو الذى يعين الجزاء على مخالفة الشكل كما قدمنا، فيجوز أن يجعل العقد الباطل لعيب فى الشكل قابلا لأن تلحقه الإجازة. أو يقال إن الهبة الباطلة من ناحية الشكل يتخلف عنها، بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته، التزام طبيعى، إذا قام أحد منهم بتنفيذه مختاراً كان هذا وفاء لا يسترد طبقاً لقواعد الالتزام الطبيعى(٢).

٣١٦- ولكن يجوز عمله من جديد: وإذا كان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة، فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد. وهناك فرق بين الإجازة (confirmation) وعمل العقد من جديد (refection)(٣). فالإجازة، كما سنرى، عمل قانونى صادر من جانب واحد هو المجيز، ولها أثر رجعى يستند إلى وقت نشوء العقد المجاز. أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد، ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل. ولذلك يجب توافر الأهلية فى كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد، ويكتفى بتوافرها فى المجيز وقت الإجازة.

٢ – العقد القابل للابطال

٣١٧- العقد القابل للابطال تلحقه الاجازة: نصت المادة ١٣٩ من القانون الجديد على ما يأتى:

---

(١) أنظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ٣١٩ فى الهامش).

(٢) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الهبة الباطلة شكلا ليست مجردة من كل الآثار القانونية، إذ ينشأ عنها التزام أدبى فى ذمة الواهب، بمعنى أنه إذا أوفاه لا يستطيع استرداده، وبمعنى أنه ينقلب التزاماً مدنياً إذا حصل استبداله (٣٠ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤ ص٦٥٣).

(٣) كما يوجد فرق بين هذين وبين إقرار العقد (ratification). فإقرار العقد عمل قانونى صادر من جانب المقر، وهو من الغير، فيجعل العقد بهذا الإقرار سارياً فى حقه، كذلك يقر بيع الغير لملكه، وكالموكل يقر عقداً أبرمه الوكيل مجاوزاً فيه حدود الوكالة.

(1) مؤدى البطلان المطلق للعقد أن يصبح معدوماً فلا ترد عليه الاجازة أو التصحيح فان الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر بان اعتبر القرار اللاحق باعتماد التقسيم يزيل البطلان الذى شاب العقد ويصححه ورتب على ذلك قضاءه بصحة العقد يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٩٤/١/١٣ الطعن رقم ٢٤٠٦ لسنة ٥٩ق السنة ٤٥ ص١٤٧)

(جلسة ١٩٧٧/١/١٩ السنة ٢٨ ص٢٦١)

(جلسة ١٩٦٧/٤/١٧ السنة ١٨ ص٩١٨)

(جلسة ١٩٥٧/٧/٣١ الطعن ١٩٦ السنة ٢٢ق س٨ ص٢٤١)

«١- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية».

«٢- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير»(١).

وقد قدمنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال لأن له وجوداً قانونياً مادام بطلانه لم يتقرر، وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال، فإذا لحقته الإجازة استقر.

والإجازة عمل قانونى صادر من جانب واحد، فلا حاجة لاقتران قبول بها، ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر(٢).

والذى يجيز العقد هو الذى يثبت له الحق فى التمسك بالبطلان(I). فناقص الأهلية ومن شاب رضاءه عيب هما اللذان تصدر منهما الإجازة. وهذا ما يقضى به المنطق القانونى، لأن الإجازة نزول عن التمسك بالبطلان، ولا ينزل عن الحق إلا من يملكه(٣) ويجب فى المجيز وقت الإجازة أن يكون كامل الأهلية بالنسبة إلى العقد الذى يجيزه، وألا

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٩٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- العقد الباطل بطلاناً نسبياً تصححه الإجازة الصريحة كما تصححه الإجازة الضمنية. وتتحقق الإجازة على الأخص إذا نفذ العقد مختاراً من له الحق فى طلب البطلان وهو عالم بذلك. ويشترط لإجازة العقد أن تتوافر فيه وقت الإجازة الشروط اللازمة لصحته، وأن تكون الإجازة ذاتها خالية من كل عيب. ٢- وتنسحب الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير». وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً، وأصبح رقم المادة ١٤٣ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ تقرر أن تكون الفقرة الأولى من المادة كما يلى: «يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية» مع حذف بقية الفقرة لأن فى القواعد العامة ما يغنى عن إيرادها. ثم إنتقلت اللجنة إلى الفقرة الثانية من المادة فتساءل الرئيس كيف تخل الإجازة بحقوق الغير، فأجيب بأن ذلك يتحقق مثلاً فى حالة شخص باع منزله مرتين وكان البيع الأول قابلاً للابطال، فرأى البائع إجازة هذا العقد، فالمشترى الثانى تجب حمايته لأن التصرف الثانى يعتبر بمثابة تنازل عن حق الإجازة، ولذلك يجب عدم نفاذ الإجازة فى حق المشترى الثانى. وبعد مناقشة طويلة انتهى رأى اللجنة إلى استبقاء الفقرة الثانية متضمنة عبارة «دون إخلال بحقوق الغير»، وأقرت اللجنة النص فى النهاية على الوجه الوارد فى القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٣٩ - ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٢٤٠ - ص٢٤٦).

(٢) استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٦٥.

(٣) وشذ بيع ملك الغير، إذ يجوز فيه أن تصدر الإجازة من المالك الحقيقى مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان. ويفسر هذا علة البطلان فى بيع ملك الغير، وهى ترجع إلى أن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشترى، فإذا أجاز المالك الحقيقى العقد لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية، فتنتفى علة البطلان، فيزول.

(I) الاجازة التى تصحح العقد القابل للابطال هى التى تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد وأن يكون قاصداً أجازته.

(جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦ الطعن ٣٦ لسنة ٢١ق س٥ ص٢٠٣)

(جلسة ١٩٥٥/٢/١ الطعن ١٩٧ لسنة ١٨ق)

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ السنة ٢٤ ص٥٧٧)

تشوب الإجازة - وهى عمل قانونى كما قدمنا - عيب من عيوب الإرادة، غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال. ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذى قرر القانون من أجل البطلان. فناقص الأهلية لا يستطيع إجازة العقد مادام ناقص الأهلية، فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك. ومن شاب رضاءه عيب لا تكون إجازته صحيحة مادام تحت تأثير هذا العيب، حتى إذا انكشف الغلط أو افتضح التدليس أو ارتفع الإكراه صحت الإجازة بعد ذلك.

وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية(1). ولا يشترط فى الإجازة الصريحة أن تشتمل على بيانات معينة (قارن م١٣٣٨ من القانون المدنى الفرنسى)، بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح، بشرط أن تكون نية المجيز فى الإجازة واضحة(١). والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق فى التمسك بالبطلان(٢)، أو بإتيانه عملاً مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان(٣)، أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد كما إذا اشترى قاصر عيناً وبعد البلوغ تصرف فيها باعتباره مالكاً وهو عالم بأن له حق إبطال العقد الذى اشترى به العين(٤). وعبء إثبات الإجازة يقع على عاتق الطرف الآخر

(١) استئناف مختلط فى ١٧ يونيه سنة ١٩١٥م ٢٧ ص٤١٧ - وفى ٥ مارس سنة ١٩٢٢ م٢٤ ص٢٦١ - والتون ١ ص١٤٩.

(٢) استئناف مختلط فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦م ٩ ص٥٨ - وفى ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٣١.

(٣) كبنائه على الأرض التى اشتراها. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن استيلاء الشريك على الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بعد القسمة وقيامه فيه بالأعمال التى يقوم بها المالك فى ملكه بعد أن كشف العيب الذى شاب عقد القسمة يعتبر إجازة ضمنية للعقد (٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٤١٧) - كذلك يعد إجازة ضمنية للقسمة استيلاء القاصر بعد بلوغه سن الرشد على ربع الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه فى قسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية وقت أن كان قاصراً، واستمراره مدة طويلة على هذه الحال.

(1) اجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية استخلاصا سائغا من وقائع الدعوى ومستنداتها، اجازة الطاعنة لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها إلى أن أصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة المذكور.

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣ السنة ١٣ ص٥٩٥)

(٤) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٨٤ - وفى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢١٥. وتصرف البائع فى الثمن إجازة ضمنية لبيع قابل للابطال (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٦٥). وسماح القاصر بعد بلوغه سن الرشد لوكيله بالاستمرار فى الإدارة إجازة ضمنية لعقد الوكالة (استئناف مختلط فى ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م٢٢ ص١١٤). وانضمام القاصر بعد بلوغه سن الرشد لأبيه فى طلب قسمة عقار مشترك بينهما إجازة ضمنية لقسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية قبل بلوغ القاصر سن الرشد (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٧٥). واستئجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للعقار الذى باعه =

غير المجيز، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله أن يثبتها بجميع الطرق ولو بالبينة أو بالقرائن[1] (1).

٣١٨- أثر الاجازة: وإذا أجيز العقد القابل للإبطال، زال حق المتعاقد في التمسك بإبطال العقد، واستقر وجود العقد نهائياً غير مهدد بالزوال. وهذا معناه أن العقد ينقلب صحيحاً بوجه بات. ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة، لأن للإجازة أثراً رجعياً. ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين، لا بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً عينياً على الشيء موضوع العقد. فلو أن قاصراً باع عيناً، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن المرتهن، وتنتقل العين إلى المشترى مثقلة بحق الرهن[2].

والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة. فإن كانت هناك عيوب أخرى بقي باب الطعن مفتوحاً من أجلها. ومن ثم إذا تعاقد قاصر وكان واقعاً في غلط، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية، بقي له الحق في إبطال العقد للغلط.

=وهو قاصر إجازة ضمنية للبيع. (استئناف وطني في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٣ ص١٢٣) - ولا يعتبر تنفيذ الالتزام مع التحفظ الصريح إجازة ضمنية (استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م١٩ ص٤٥)- ومجرد السكوت عن طلب البطلان لا يعتبر إجازة مهما طالت المدة، إلا إذا سقط الحق بالتقادم (استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١٤٦ - وفي ١٥ يونية سنة ١٩٢٦م ٣٨ ص٤٧٢)، ما لم يفهم من هذا السكوت أن المتعهد قد نزل عن طلب البطلان (بني سويف الجزئية في ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص١٣٣) - ولا يعتبر أجازة ضمنية أن يدفع المتعاقد بوجه من وجوه البطلان ويترك الوجوه الأخرى (استئناف مختلط في ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢٨٥) ولا دخول المتعاقد في مفاوضات للصلح لم تكن منتجة (اسكندرية المختلطة التجارية في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١ ص٤)، ولا الإمضاء على محضر حصر التركة المشار فيه إلى العقد القابل للإبطال مادام من أمضى لا يقصد بإمضائه إجازة العقد.

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٦ - قارن دي هلتس ١ لفظ (confirmation) فقرة ١٢.

(٢) ومن الفقهاء من يقول بعكس هذا الرأي على التخريج الآتي: البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر بطلانه، ولذلك تنتقل الملكية إلى المشترى، ويكون الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد صادراً من غير مالك، فلا يسرى في حق المالك وهو المشترى، وبعد إجازة البيع تنتقل العين نهائياً إلى المشترى خالية من الرهن (بلانيول ٢ فقرة ١٣٠١).

هذا وإذا كان العقد القابل للابطال من شأنه أن يشهر حتى يصير حجة على الغير، فلا حاجة لإعادة شهره بعد إجازته، ويبقى الشهر الأول حافظاً لحجيته (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٤ ص٤١٨ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٩٢).

(1) عبء إثبات اجازة العقد القابل للابطال على من ادعاها.

(جلسة ١٩٩٥/٢/١ الطعن ٢١٣٧ لسنة ٦٠ق السنة ٤٦ ص٣٠٢)

(جلسة ١٩٧٣/٢/١٥ الطعن ١٨٩ لسنة ٣٧ق السنة ٢٣ ص١٦٢)

المطلب الثاني
التقادم
١ – العقد الباطل

٣١٩- دعوى البطلان تسقط بالتقادم: نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من القانون الجديد على ما يأتي: «وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد»[1].

وكان المنطق يقضي بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم. لأن العقد الباطل معدوم، والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد. وقد كان هذا رأينا في عهد القانون القديم[2]. ولكن القانون الجديد، تمشياً مع محكمة النقض الفرنسية[3] ومع بعض الفقهاء الفرنسيين[4]، قرر أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت العقد[5]. وكان المشروع التمهيدي للقانون الجديد (م١٩٤) يقضي بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم، فعكس المشروع النهائي الحكم، وانتقل الحكم معكوساً إلى القانون الجديد على النحو المبين في الأعمال التحضيرية[6].

---

(١) **تاريخ النص**: (المادة ١٤١ بفقرتيها): ورد هذا النص في المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «للمتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين التمسك بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة، كما أن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، وهذا البطلان لا تلحقه الإجازة ولا يزول بالتقادم». وفي لجنة المراجعة عدل صدر المادة واستعملت عبارة «كل ذي مصلحة» لأنها أكثر شمولاً من التعبير الوارد في النص الأصلي. وطرحت مسألة زوال البطلان بالتقادم، وبعد المناقشة والرجوع إلى الاستفتاءات قررت اللجنة أن تسقط دعوى البطلان بالتقادم، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط. مثال ذلك هبة باطلة شكلاً إذا لم يسلم الواهب الشيء الموهوب، ومضى على الهبة أكثر من ١٥ سنة، ورفع الموهوب له دعوى يطالب بالموهوب بمقتضى عقد الهبة الباطل، فللواهب أن يدفع بالبطلان حتى بعد مرور ١٥ سنة. أما إذا كان الواهب في هذا المثال قد سلم الهبة للموهوب له بعد سنتين مثلا من وقت العقد، ثم انقضت ١٣ سنة من وقت التسليم، وأراد الواهب أن يرفع دعوى ببطلان الهبة، فلا يجوز له ذلك، لأن دعوى البطلان تكون قد سقطت بمضي ١٥ سنة من وقت الهبة. ويلاحظ أن التقادم هنا هو التقادم المسقط، لا التقادم المكسب الذي يقتضي أن الموهوب له بعد تسلم الهبة يضع يده عليها خمس عشرة سنة. وأقرت لجنة المراجعة نص المادة بعد إضافة فقرة ثانية على النحو الآتي: «وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به»، وأصبح رقم المادة ١٤٥ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص بعد تعديلات. وحذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «دون الدفع به» من الفقرة الثانية لأن من المتفق عليه أن الدفوع لا تتقادم. وأصبح رقم المادة ١٤١. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٥٠ - ص٢٥٣).

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٢٥.

(٣) نقض فرنسي في ٥ مايو سنة ١٨٧٩ داللوز ١٨٨٠ -١-١٤٥.

(٤) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣١٠.

(٥) أنظر أيضاً في هذا المعنى الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ١٦١.

(٦) أنظر تاريخ نص المادة ١٤١ والأعمال التحضيرية الخاصة بها، وقد سبق ذكرها في هامش هذه الفقرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٥٠ - ص٢٥٣).

فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة، ثم رفع ذو مصلحة دعوى البطلان، أمكن دفعها بالتقادم. ذلك أن أوضاعاً قد استقرت منذ صدور العقد الباطل، وبقيت دهراً طويلاً، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان. ولكن هذا لا يعني أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً، فهو لا يزال باطلاً، ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم.

٣٢٠- ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم: ولأن العقد الباطل لا ينقلب صحيحاً بالتقادم، بل يبقى كما كان دائماً معدوماً، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة(1). فإذا باع شخص أرضاً، وكان البيع باطلاً، ولم يسلم الأرض للمشترى، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم. ولكن مادامت الأرض في يده ولم يسلمها للمشترى، فهو في غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان. وإذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض، استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط كما قدمنا.

وحتى إذا سلم البائع الأرض للمشترى، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشترى، لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم، ولكن بدعوى الاستحقاق وهي لا تسقط أبداً. فإذا تمسك المشترى في دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل، دفع البائع ببطلان البيع والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا. فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض، ما لم يكن المشترى قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب، وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان[١]. على أنه يلاحظ، من الناحية العملية المحضة، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان، وهي دعوى شخصية يسيرة الإثبات، مضطراً لأن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق، وهي دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً.

وكذلك المشترى إذا كان قد دفع الثمن في بيع باطل، وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع، جاز أن يسترده، لا بدعوى بطلان البيع، ولكن بدعوى

(١) وهذا بخلاف ما إذا كان العقد قابلاً للإبطال، فإن بطلان العقد يزول بالتقادم كما سنرى. وفي المثل الذى نحن بصدده، لو كان البيع قابلا للابطال وتقادمت الدعوى، فإن المشترى يكسب ملكية الأرض، لا عن طريق التقادم المكسب لحق الملكية، بل عن طريق عقد البيع ذاته الذى غطى التقادم عيبه.

(1) العقد الباطل يظل معدوما ولا ينقلب مع الزمن صحيحا وانما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة أما إذا أثير البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم.

(جلسة ١٩٥٧/٤/١١ السنة ٨ ص٤٠٤)

(جلسة ١٩٥٢/٤/١٧ السنة ٣ ص٩٤٤)

(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٥ السنة ٢٦ ص١٤٧٧)

استرداد ما دفع دون حق. فإذا تمسك البائع في دعوى الاسترداد بالبيع الباطل دفع المشترى ببطلانه وهو دفع لا يسقط. فيتمكن المشترى عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن، ما لم يسقط دعوى الاسترداد ذاتها بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من وقت دفع الثمن لا من وقت صدور البيع.

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذى أثر كبير. فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه، ولا يمنع المشترى من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه. أما إذا فقد البائع حقه في استرداد المبيع، أو ضاع على المشترى حقه في استرداد الثمن، فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان، بل إلى التقادم المكسب لحق الملكية أو التقادم المسقط لدعوى الاسترداد[١].

٢- العقد القابل للابطال

٣٢١- الدعوى والدفع يسقطان بالتقادم: نصت المادة ١٤٠ من القانون الجديد على ما يأتي:

«١- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات».

«٢- ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه. وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه. وفي كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد[٢]».

(١) أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ١٦١ ص٢٤٧.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ١٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي: «١- لا يجوز الطعن في عقد باطل بطلاناً نسبياً إذا لم يقم من له حق الطعن فيه بإعلان البطلان للطرف الآخر في ظرف ثلاث سنوات. ٢- ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب البطلان عدم توافر الأهلية من الوقت الذى يزول فيه هذا السبب، وإذا كان سبب البطلان وجود غلط أو تدليس فمن الوقت الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس، وإذا كان سبب البطلان هو الإكراه فمن اليوم الذى ينقطع فيه الإكراه، وإذا كان السبب هو الاستغلال فمن اليوم الذى يتم فيه العقد. وفي كل حال لا يجوز التمسك بالبطلان لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضى خمسة عشر عاماً من وقت تمام العقد. ٣- وتسقط كذلك بالتقادم الدعوى التي يراد بها إنقاص الالتزامات في حالة الاستغلال إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت العقد». وأدخلت لجنة المراجعة في النص بعض تعديلات لفظية وأصبح رقم المادة ١٤٤ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذفت من الفقرة الثانية الإشارة إلى الاستغلال وحذفت كذلك الفقرة الثالثة بأكملها، لأن حكم سقوط الحق في رفع الدعوى المترتبة على الاستغلال قد واجهته الفقرة الأولى من المادة ١٣٣ (م١٢٩ فقرة ثانية جديدة). وأصبح رقم المادة ١٤٠. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٤٦- ص٢٤٩).

ومن هذا النص يتبين أن الحق فى إبطال العقد يسقط بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة حسب الأحوال. فإذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحاً، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع[1]. وهكذا يستقر الوجود القانونى للعقد بعد أن كان مهدداً بالزوال. ويصبح العقد فى حكم المجاز، يثبت وجوده منذ صدوره، إذ للتقادم أثر رجعى كما للإجازة. ولكن هناك فرقاً بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير. فقد قدمنا أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير. أما فى زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر. مثل ذلك أن يبيع قاصر عيناً، ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد، فيتقادم البطلان ويزول، ويعتبر البيع صحيحاً منذ صدوره. فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقادم البطلان رتب على العين رهناً، ثم تم التقادم، فإن ملكية العين تخلص للمشترى غير مثقلة بحق الرهن. وهذا عكس ما قررناه فى حالة الإجازة.

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقادم دعوى البطلان فى العقد الباطل وتقادمها فى العقد القابل للإبطال. فقد قدمنا أن تقادم دعوى البطلان فى العقد الباطل لا يقلب العقد صحيحاً، بل يبقى العقد باطلاً، ولكن دعوى البطلان هى التى لا يجوز سماعها لتقادمها. أما تقادم البطلان فى العقد القابل للإبطال فيقلب العقد صحيحاً كما رأينا، ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات.

٣٢٢- مدة التقادم: وقد كانت مدة التقادم فى العقد القابل للإبطال فى القانون القديم خمس عشرة سنة تسرى من وقت صدور العقد. وقد رأى القانون الجديد أن هذه مدة طويلة يبقى فى خلالها العقد غير مستقر، ومن أجل ذلك جعل المدة ثلاث سنوات فقط، يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته، أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس، أو من وقت انقطاع الإكراه، بحسب الأحوال. فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة، بأن لم ينكشف الغلط مثلا إلا بعد أربع عشرة سنة، فإن الحق فى إبطال العقد يتقادم فى هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد، لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط، لأن المدة الأولى هى الأقصر، فالتقادم يكون إذن بأقصر الأجلين: ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد(1). ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا فى حالات استثنائية كالحالة التى تقدم ذكرها. وأياً كانت مدة التقادم، فإنها توقف وتنقطع وفقاً للقواعد المقررة فى التقادم.

---

(١) ويلاحظ أن الدفع بالإبطال فى العقد القابل للابطال يختلف عن الدفع بالبطلان فى العقد الباطل فى أن الدفع فى الحالة الأولى هو فى حقيقته دعوى وكذلك هو فى صورته، إذ سيتخذ، من ناحية الإجراءات، صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد، أما الدفع فى الحالة الثانية فهو دفع محض من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات. ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقادم لأنه دعوى والدعاوى يرد عليها التقادم. أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم، لأنه دفع والدفوع لا تتقادم.

(1) نص المادة ١٤٠ من القانون المدنى يدل على أن الحق فى طلب إبطال العقد يسقط بانقضاء مدة ثلاث سنوات دون التمسك به من صاحبه. ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم =

وقد حذا القانون الجديد فى تقصير مدة تقادم البطلان حذو القوانين الحديثة. أما القانون السورى الجديد فقد أمعن، كالقانون السويسرى، فى تقصير مدة التقادم فى البطلان، فنصت المادة ١٤١ من هذا القانون على أن تكون هذه المدة سنة واحدة. وسنرى أن القانون المصرى الجديد جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أيضاً فى الدعاوى التى تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب. ولكن العلة تختلف هنا عنها هناك. فقد روعى فى تقصير المدة فى تقادم البطلان أن يستقر العقد فى خلال مدة معقولة، فلا يبقى مزعزعاً مدة طويلة. وروعى فى تقصير المدة فى تقادم الدعاوى التى تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب أن الالتزامات فى هذه الدعاوى لم يكن مصدرها إرادة الملتزم، فهى تختلف من هذه الناحية عن الالتزامات العقدية التى تنشئها إرادة المدين ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة. وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى العمل غير المشروع وفى الإثراء بلا سبب. ويلاحظ أن مدة التقادم فى الاستغلال - وهو عيب من عيوب الرضاء - أقصر من مدته فى العيوب الأخرى. فقد مر بنا أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع فى خلال سنة من تاريخ العقد (م١٢٩ فقرة ٢)، فتكون المدة فى الاستغلال أقصر من ناحيتين: ناحية القياس الزمنى وناحية مبدأ السريان.

٣٢٣- سريان مدة التقادم الجديدة على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون الجديد: ولما كان القانون الجديد قد قصر مدة التقادم فى البطلان على النحو الذى قررناه، فإن هذه المدة القصيرة هى التى تسرى بالنسبة إلى العقود التى أبرمت قبل نفاذ القانون الجديد إذا كان التقادم فيها لم يكتمل وقت نفاذ هذا القانون، وذلك ما لم يكن الباقى من مدة التقادم المقررة فى القانون القديم أقصر من المدة التى قررها القانون الجديد (م٨ جديد). ويتضح ذلك فى المثل الآتى: قاصر أبرم عقداً فى أول يناير سنة ١٩٤٨، وبلغ سن الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٩. فيدرك القانون الجديد، فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، هذا العقد وتقادم البطلان فيه لا يزال سارياً، إذ بدأ هذا السريان منذ بلوغ القاصر سن الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٩. ولا يتم التقادم بحسب القانون القديم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة، أى فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٤. فيجب فى هذه الحالة أن تسرى المدة القصيرة التى قررها القانون الجديد، وهى ثلاث سنوات، ويكون مبدأ سريانها من وقت العمل بالقانون الجديد، أى من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩. فيتم التقادم فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد، لا فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ وفقاً للقانون القديم.

= الذى يستكمل فيه ناقص الأهلية أهليته، ويبدأ سريانها بالنسبة لحالة الغلط أو التدليس أو الارادة من اليوم الذى يتكشف الغلط أو التدليس أو من يوم انقطاع الاكراه وأما بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

(جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٨ الطعن ١٤٣٩ لسنة ٥١ق س٤٠ عدد ٣ ص٤٨٢)

(جلسة ١٩٩٢/١٢/٢١ الطعن ٢٤٨ لسنة ٥٦ق)

أما إذا كان القاصر قد بلغ سن الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٣٦، وكان قد أبرم العقد قبل ذلك، فإن التقادم يتم فى هذه الحالة فى ١٤ يناير سنة ١٩٥١ وفقاً للقانون القديم، لا فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد(١).

المبحث الثالث
تقرير البطلان
(دعوى البطلان)

٣٢٤- مسائل ثلاث: يعنينا فى تقرير البطلان أن نبحث مسائل ثلاثاً: (١) من الذى يتمسك ببطلان العقد. (٢) وكيف يتقرر البطلان. (٣) وما الأثر الذى يترتب على تقريره.

المطلب الأول
من الذى يتمسك بالبطلان

٣٢٥- العقد الباطل والعقد القابل للابطال: فى العقد الباطل يجوز أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة فى ذلك، بل وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها. أما فى العقد القابل للإبطال، فلا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته دون المتعاقد الآخر(٢).

ونفصل ما أجملناه.

١ - العقد الباطل

٣٢٦- النصوص القانونية: نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ على ما يأتى:

«إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن

---

(١) أنظر فى كل ذلك المادة ٨ من القانون الجديد. وسنعود لتطبيق هذه المادة فى شأن التقادم فى العمل غير المشروع. ويقاس تطبيقها فى شأن التقادم فى الإثراء بلا سبب على كل من هذين التطبيقين.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «فما دام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المعدوم – فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولو لم يكن طرفاً فى التعاقد، كالمستأجر مثلاً فى حالة بطلان بيع الشئ المؤجر بطلاناً مطلقاً، بل ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه. أما البطلان النسبى فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرفه من أطراف التعاقد هو الطرف الذى يشرع البطلان لمصلحته، ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٥٦). وكان المشروع التمهيدى يقضى فى المادة ٢٠٠ منه بأن: «كل من ادعى سبباً للبطلان المطلق أو النسبى يكون عليه إثباته»، فحذف هذا النص فى المشروع النهائى لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٥٤ – ص٢٥٥ فى الهامش).

تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة»(١).

وقد كان المشروع التمهيدى أوضح بياناً فى تعيين ذوى المصلحة الذين لهم أن يتمسكوا بالبطلان. فكانت المادة ١٩٤ من هذا المشروع تنص على أن «للمتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين التمسك بأوجه البطلان الواردة فى المادة السابقة».

٣٢٧- يتمسك بالبطلان كل ذى مصلحة وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضى به: العقد الباطل لا وجود له كما قدمنا. وسنرى أن بطلانه يتقرر عادة عن طريق الدفع، وقد تقضى الضرورة العملية فى بعض الحالات أن يكون تقرير البطلان عن طريق الدعوى. وسواء كان تقرير البطلان عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى، فإن الذى يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة فى ذلك(٢).

والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه. ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة، دون قيام هذا الحق، لا يكفى. فلا يجوز مثلا أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة فى التخلص من جوار المشترى الجديد. ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له.

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان. ففى البيع الباطل يستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان: البائع حتى يسترد المبيع. والمشترى حتى يسترد الثمن. ودائنو كل من البائع والمشترى لهم أن يتمسكوا بالبطلان، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب، بل أيضاً بطريق مباشر، وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فينفذوا عليه بحقوقهم. وورثة كل من البائع والمشترى يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة، وذلك أيضاً بمقتضى حق مباشر لهم. وكل شخص رتب له البائع أو المشترى حقاً عينياً أو حقاً شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان، فالمرتهن من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق المرتهن، والمرتهن من المشترى يطلب البطلان حتى يسترد الدين، ومستأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطلان حتى يبقى فى العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ، ومستأجرها من المشترى يطلب البطلان حتى يسترد الأجرة. وكل هؤلاء يطلبون البطلان. لا عن طريق استعمال حق مدينهم بالدعوى غير المباشرة، بل بمقتضى حق مباشر لهم.

فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن هم المتعاقدان والدائنون والخلف العام والخلف الخاص.

---

(١) أنظر تاريخ النص آنفاً فقرة ٣١٩ فى الهامش.

(٢) محكمة المنصورة الكلية الوطنية فى ١٤ فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١١٢ ص٢٤٧.

بل للمحكمة أيضاً أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني، والقاضي لا يستطيع إلا أن يقرر ذلك.

٣٢٨- متى يجوز التمسك بالبطلان: إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى، فلابد من رفعها في خلال خمسة عشرة سنة من وقت صدور العقد، وإلا سقطت بالتقادم. أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع، فيجوز ذلك في أي وقت كما سبق القول، ويجوز إبداء الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[١].

٢- العقد القابل للابطال

٣٢٩- النصوص القانوني: نصت المادة ١٣٨ من القانون الجديد على ما يأتي:

«إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق»[٢].

وقد كان المشروع التمهيدي يورد هذا النص على وجه يبين الحكمة فيه، فكانت المادة ١٩٦ من هذا المشروع تنص على أنه «ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبي لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة».

٣٣٠- لا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته: العقد القابل للإبطال لم تتقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد المتعاقدين. فهذا المتعاقد وحده، دون المتعاقد الآخر، هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان. فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية، فناقص الأهلية وحده هو الذي يتمسك بالبطلان[٣]. وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة، فمن شاب إرادته العيب هو الذي يتمسك بإبطال العقد. وفي بيع ملك الغير المشتري وحده هو الذي يتمسك بالبطلان.

(١) استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦م ٥٩ ص٣٥ (وكان الدفع بالبطلان للغلط، وهو في هذا مثل الدفع بالبطلان المطلق). وقضت محكمة النقض بأن الدفع بالبطلان، الذي جوزت المادة ١٣٢ من قانون المرافعات (قديم) إبداءه قبل الدخول في موضوع الدعوى وقضت المادتان ١٣٨ و١٣٩ مرافعات (قديم) بسقوط الحق فيه بالحضور أو بالرد على الورقة الباطلة، بما يفيد اعتبارها صحيحة، إنما هو الدفع الخاص ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى وبطلان أوراق الإجراءات والمرافعات. فليس يصح تعدية هذه الأحكام إلى الدفع ببطلان العقد، لأن الدفع يكون عندئذ من الدفوع الموضوعية التي يجوز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى أو تطبق عليه أحكام الإجازة الخاصة إذا كان البطلان نسبياً لا مطلقاً (نقض مدني في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٣ ص٥١٠).

(٢) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة ٣٣٥ في الهامش).

(٣) وقد يكون كل من المتعاقدين ناقص الأهلية فلكل منهما أن يتمسك بالبطلان، ولا يكون العقد لذلك باطلا بل يبقى قابلا للابطال، فتصح إجازته ويزول بطلانه بالتقادم، ولو كان العقد باطلاً لما جاز ذلك.

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص بمقتضى حق مباشر لهم. ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للمتعاقد، فيستعملون حقه في طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة.

كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضي بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة(1).

٣٣١- متى يجوز التمسك بالبطلان: ويجوز التمسك بالبطلان، دعوى أو دفعا، مادام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة، ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء العقد. ويجوز إبداء الدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذي بيناه في العقد الباطل(2).

المطلب الثاني
كيف يتقرر البطلان
١- العقد الباطل

٣٣٢- لا حاجة إلى حكم لتقرير البطلان: لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانوني، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله، ولا ضرورة للحكم بالعدم على معدوم. وهذه نتيجة منطقية تستقيم في كثير من الأحوال، فلا يحتاج من له مصلحة في تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك، وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً، ويصدر في تصرفه عن هذا الاعتبار. فلو كان العقد الباطل بيعاً، كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف في المبيع، فهو لا يزال في ملكه، ويكون بيعه صحيحاً. وإذا رفع المشتري في هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع.

(1) للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الابطال بواسطة من يمثله قانوناً، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عاما له يحل محل سلفه في كل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه.

(جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧ السنة ٩ ص١٦١)

(2) وان كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضي خمسة عشر سنة إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبداً، ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما فلا ينقلب مع الزمن صحيحا وانما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضي المدة الطويلة أما اثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم لانه دفع والدفوع لا تتقادم. فإذا كان الحكم قد انتهى إلى بطلان سند الدين بطلانا مطلقا فان ذلك يكفي لتقرير نتيجته اللازمة قانونا وهي عدم تقادم الدفع بهذا البطلان بغير حاجة إلى الاشارة إلى ذلك صراحة أو للرد على ما يتمسك به الدائن في هذا الصدد.

(جلسة ١٩٥٧/٤/١١ السنة ٨ ص٤٠٤)

(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٥ السنة ٢٦ ص١٤٧٧)

فالذى يتمسك بالبطلان فى العقد الباطل يفعل ذلك فى أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى.

٣٣٣– ولكن قد تقضى الضرورة العملية بالحصول على حكم: وذلك يتحقق إذا قضت الضرورة على المتمسك ببطلان عقد باطل أن يبادر إلى رفع دعوى البطلان. ويعرض هذا فى بعض فروض عملية. منها أن يكون البائع فى بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشترى، وأراد أن يسترده، فهو بين أن يرفع دعوى البطلان فى مدى خمس عشرة سنة أو يرفع دعوى الاستحقاق فى أى وقت، فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم ببطلان العقد. ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء، لا سيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضى كما إذا سببه مخالفة النظام العام أو الآداب، ففى مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة فى التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه.

والحكم الذى يصدر فى دعوى البطلان لا يبطل العقد الباطل، بل يقتصر على الكشف عن بطلانه.

٢ – العقد القابل للابطال

٣٣٤– لا يتقرر البطلان إلا بالاتفاق أو بالقضاء: أما العقد القابل للإبطال فله وجود قانونى إلى أن يتقرر بطلانه. ومن ثم لا بد من تقرير البطلان من التراضى أو التقاضى. أما التراضى فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية فى كل منهما. فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك. وحكم القاضى هو الذى يبطل العقد، أى ينشئ البطلان، ولا يقتصر على الكشف عنه كما فى العقد الباطل. ولكن إذا رفعت دعوى الإبطال ووجد سببه قائماً، فالقاضى لا يملك إلا أن يبطل العقد(1). وليس له حق التقدير الذى سنراه له فى حالة الفسخ(١).

٣٣٥– فلا يتقرر بإرادة منفردة: ويتبين من ذلك أن المتعاقد ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد. ولا يجوز أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة، كما أجاز ذلك كل من القانون الألماني وقانون الالتزامات السويسرى(٢). وقد كان المشروع النهائى

---

(١) استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص٩٣.

(1) مجرد نقص أهلية البائع كاف لقبول دعوى ابطال البيع حتى ولو تجرد التصرف من أى غبن ومهما كانت أفادة البائع مما قبض من ثمن.
(جلسة ١٩٥١/٢/١ مجموعة المكتب الفنى للنقض السنة ٢ ص٢٨٩)

(٢) تقضى الفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من القانون الألمانى بأن البطلان يتقرر بإعلان يتوجه إلى الطرف الآخر. وتقضى المادة ٣١ من قانون الالتزامات السويسرى بأن العقد إذا شابه غلط أو تدليس أو=

للقانون الجديد يتضمن نصاً يجيز إبطال العقد فى حالة نقص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «ويكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره، دون إخلال بحق المتعاقد الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة من وقت وصول الإعلان». وقد حذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هذا النص «توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال، وتجنباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية»(١).

المطلب الثالث
أثر تقرير البطلان

٣٣٦– النصوص القانونية: نصت المادة ١٤٢ من القانون الجديد على ما يأتى:

= إكراه يعتبر قد أجيز إذا كان الطرف الذى لا يلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن للطرف الآخر تصميمه على إبطاله، أو دون أن يسترد ما دفعه، وتسرى السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه (أنظر فى ترجيح هذا الحكم نظرية العقد للمؤلف ص٦٤٨ هامش رقم ٢ وهامش رقم ٣).

(١) كان هناك نصان فى المشروع التمهيدى هما اللذان يقابلان المادة ١٣٨ من القانون الجديد، وكانا يجريان على الوجه الآتى: «م١٩٦ – ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبى لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة فى المادة السابقة. وهذا البطلان تلحقه الإجازة ويزول بالتقادم. م١٩٧ –١ : يكفى فى تقرير البطلان النسبى إعلان الطرف الآخر به إعلاناً رسمياً –٢ : وإذا كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً، وتقرر بطلانه، اعتبر باطلاً من وقت صدوره ولكنه يبقى منتجاً لآثاره حتى يتقرر البطلان –٣ : على أن إبطال العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان». وفى لجنة المراجعة أدمج النصان فى مادة واحدة، بعد حذف الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ لأن حكمها وارد فى مكان آخر، وبعد جعل جواز إبطال العقد بمجرد الإعلان مقصوراً على حالة نقص الأهلية مع إعطاء الحق للطرف الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة، وبعد تحوير فى اللفظ يجعل النص أقرب إلى التطبيق العملى من التقرير الفقهى، فأصبح النص فى المشروع النهائى (م١٤٢) يجرى على الوجه الآتى: «١– إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً فى إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق. ٢– ويكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره دون إخلال بحق المتعاقد الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة من وقت وصول الإعلان». ووافق مجلس النواب على هذا النص – وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان، وانقسمت اللجنة فى ذلك، ثم وافقت الأغلبية على عدم قبول هذا الحكم وعلى حذف الفقرة الثانية توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال وتجنباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية. وأصبح رقم المادة ١٣٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٢٣٥ – ص٢٤٠).

«١- في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل».

«٢- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد»[١].

ويتبين من ذلك أن العقد الباطل أو القابل للإبطال، إذا تقرر بطلانه، يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير[1]. ونستعرض كلا من هاتين الحالتين.

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «١- إذا تقرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً أو نسبياً، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا كان ذلك مستحيلاً استبدلا به تعويضاً يعادله. ٢- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. ٣- لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه، إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب». وفي لجنة المراجعة حوز النص تحويراً لفظياً لتجنب استعمال ألفاظ البطلان المطلق والبطلان النسبي، وحذفت الفقرة الثالثة لأنها لا تتمشى مع منطق البطلان. فأصبح النص مطابقا للوجه الوارد في القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٤٦ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عليها دون تعديل أيضاً، وأصبح رقمها ١٤٢. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٢٥٤ – ص٢٥٩).

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي: «بيد أن عبء إثبات البطلان يقع دائما على عاتق من يتمسك به. وتتبع القاعدة نفسها، بل ويكون اتباعها أولى فيما يتعلق بالبطلان المطلق. فإذا حكم بالبطلان المطلق أو النسبي استند أثره، واعتبر العقد باطلاً من وقت نشوئه، دون أن يخل ذلك بما يكون الغير حسن النية قد اكتسب من حقوق عقارية، سجلت قبل تسجيل إعلان التصريح بالبطلان في حالة البطلان النسبي (وقد اتبع المشروع التمهيدي نظام تقرير البطلان النسبي عن طريق الإعلان كما رأينا). ويلتزم كل من المتعاقدين بأن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد. ويستثنى من هذه القاعدة حالتان: أولاهما حالة ناقص الأهلية، فهو لا يسأل عن الرد إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب. والثانية حالة وفاء أحد المتعاقدين بالتزام في عقد باطل لسبب مخالفته للآداب، فلا يجوز لمثل هذا المتعاقد أن يسترد ما أدى إذا نسب إليه ما يخالف الآداب. وعلى هذا النحو أبان المشروع وجه الحكم في مسألة أثير بشأنها خلاف شديد (أنظر المادتين ١٣٠٥ و١٣٠٦ من التقنين الإسباني، والمادة ٦٩٢ من التقنين البرتغالي، والمادة ٢٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي، والمادتين ٧٢/٧٧ من التقنين التونسي والمراكشي، والمادة ٨١٧ من التقنين الألماني، والمادة ٦٦ من تقنين الالتزامات السويسري، والمادة ١٣٢ من التقنين البولوني، والمادة ٩٧١ من التقنين البرازيلي، والمادة ١٨٠ من التقنين الصيني، والمادة ١٤٧ من التقنين السوفيتي)».

(1) الأثر المترتب على بطلان العقد هو أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إلا أن يكون ذلك مستحيلا وهو ما لازمه أن يمحو البطلان كل أثر للعقد سواء كان هذا الأثر نتيجة اتفاق صريح أو ضمني بين عاقديه وإذا خلص الحكم المطعون فيه إلى بطلان العقد وعودة طرفيه إلى ما كانا عليه من قبل التعاقد بتسليم العين وما عليها من مبان للمطعون ضده مقابل استحقاق الطاعن لما أورد على ذمته من تعويض فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢٨ الطعن ١٤٨٢ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٣ الطعن ٢٢٧٠ لسنة ٥٦ق)

١- فيما بين المتعاقدين

٣٣٧- زوال كل أثر للعقد: إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له[١]، وأرجع كل شئ إلى أصله. وجاز الحكم بتعويض على أساس المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية[1].

فإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه، رد المشتري المبيع إلى البائع، ورد البائع الثمن إلى المشتري. ويرد المشتري المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية، وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذي يرده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك. وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد.

أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلاً بأن هلك المبيع مثلا في يد المشتري وبخطأ منه[٢]، حكم القاضي بتعويض معادل، فألزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية لا على أساس العقد الذي تقرر بطلانه، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق.

وإذا كان العقد زمنياً كالإيجار وتقرر بطلانه، فالمنفعة التي استوفاها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعوض عنها. وقد يقدر التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يكون أجرة فلا يكفله حق امتياز.

بقي أن نشير إلى حالتين خاصتين: (١) حالة عدم المشروعية (٢) وحالة نقص الأهلية.

---

(١) فيما عدا ما قدمناه من آثار عرضية أو أصلية تترتب على العقد الباطل.

(٢) أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة قاهرة، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام. وهي تقضي – كما سنرى عند الكلام في دفع غير المستحق – بأن المشتري، إذا كان حسن النية، أي يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له، فلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين، وللبائع في جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف في الصورة التي آل إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف. أما إذا كان المشتري سيئ النية، أي يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك، ولا يعفيه من هذه المسئولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان في يد البائع (قارن نظرية العقد للمؤلف ص٦٥٣ هامش رقم ١).

(1) أ- ترتيب الاثر الرجعي لبطلان عقد البيع وان كان يقتضي اعتبار ملكية المبيع لم تنتقل من البائع إلى المشتري بسبب العقد، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكسب هذا المشتري أو الغير تلك الملكية بسبب آخر من أسباب الملكية إذا تحققت شرائطه القانونية.

(جلسة ١٩٦٤/١٢/٣ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ١٥ ص١٠٩١)

ب- أساس الحكم بالتعويض المعادل – في حالة ابطال العقد أو بطلانه مع استحالة اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبله – انما هو المسئولية التقصيرية.

(جلسة ١٩٦٩/٦/٤ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ٢٠ ص٨٦٨)

٣٣٨- حالة عدم المشروعية(*): اشتمل المشروع التمهيدى للقانون الجديد على نص فى هذا الصدد. فقضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠١ من هذا المشروع بأنه «لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب». فحذفت هذه الفقرة فى المشروع النهائى «لأنها لا تتمشى مع منطق البطلان». ذلك أن منطق البطلان تقضى فى العقد الباطل، أيا كان سبب البطلان، بإعادة كل شئ إلى أصله، فإذا كان أحد المتعاقدين سلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد الباطل جاز له استرداده.

إلا أن قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بهذه النتيجة المنطقية فى العقد الباطل لعدم المشروعية. فإذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئاً تنفيذاً لعقد غير مشروع، لم يكن له أن يسترد ما سلم إلا إذا كان عدم المشروعية غير آت من جهته. مثل ذلك شخص يعطى للآخر مالا ليرد له ما سرقه منه، فيستطيع أن يسترد المال لأن عدم المشروعية غير آت من جهته. أما فى الرشوة والاتصال الجنسى غير المشروع والمقامرة وما إلى ذلك، فمن أعطى المال لا يستطيع أن يسترده، لأن عدم المشروعية آت من جهته أو هو شريك فيه، فهو طرف ملوث لا يجوز له أن يحتج بغش صدر من جانبه (Nemo auditur propriam turpitudenem allegans). وقد احترم الفقه الفرنسى هذه القاعدة بادى الأمر[1] ثم تحول عنها لأن المشروع الفرنسى لم ينقلها إلى نصوصه[2]. أما القضاء الفرنسى فقد كان يحترمها كذلك، ثم أخذ هو أيضاً يتحول عنها، وأصبح الآن لا يطبقها إلا فى العقود المخالفة للآداب[3].

(*) أنظر فى هذا الموضوع فاجنر (Wagner) فى بطلان السبب غير المشروع رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ - أربيس (Arbus) فى السبب غير المشروع رسالة من مونبليه سنة ١٩٠٣ - سافاتييه (savatier) آثار الواجب الأدبى وجزاؤه رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ ص٢٣٩ وما بعدها - كابيتان فى السبب فقرة ١١٤ - فقرة ١١٩ - ديموج٢ فقرة ٨٧٧ - فقرة ٨٨٠ - والتون ١ ص٣٤٧ - ص٣٥٤ - الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فى مقال له فى مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص٣٦٠ - ص٣٦٣.

(١) توليبه ٦ فقرة ١٢٦ و١١ فقرة ٦٢ -١ أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٤٦ مكرر ص٣٢٢ هامش رقم ٨ - لاروبيير م١١٣٣ فقرة ١٠.

(٢) ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٣ - لوران ١٦ فقرة ١٦٤ - هيك ٨ فقرة ٣٩٢- بفنوار ص٦٥٤ - بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٦ - ديموج ٢ فقرة ٨٧٨ ص٨١٠.

(٣) أنظر تحليلاً تفصيلياً فى القضاء الفرنسى فى كابيتان فى السبب فقرة ١١٥- فقرة ١١٨. ويستخلص كابيتان من استعراض القضاء الفرنسى فى هذه المسألة أن هذا القضاء لا يطبق القاعدة الرومانية فى جميع العقود غير المشروعة، بل يقصر تطبيقها على العقود المخالفة للآداب دون العقود المخالفة للقوانين أو للنظام العام. ويذهب فى ذلك إلى أن العقود المخالفة للآداب لا يليق أن تنظر فيها المحاكم، بل الجدير أن تغسل يدها من مثل هذه القضايا الملوثة، فلا تحكم فيها بقبول أو برفض: أنظر بنوع خاص فى هذا المعنى محكمة بورج الاستئنافية فى ١٣ يونية سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩-٥-٣٢٩ - محكمة الجزائر الاستئنافية فى [illegible] مايو سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤-٢-٣٠٢ - وأنظر محكمة النقض الفرنسية فى ٤ يناير سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧-١-١٢٦ فى الاتصال الجنسى غير المشروع - وفى ١٥ مارس سنة ١٩١١ داللوز ١٩١١ -١-٣٨٢ فى الرشوة- وأنظر أيضاً ديموج ٢ فقرة ٨٧٧.

ولا يزال القضاء المصرى يحترم القاعدة[1]، ولم يخرج عليها إلا فى أحكام قليلة[2].

وقد أخذت التقنينات الحديثة بالقاعدة الرومانية، من ذلك التقنين الألمانى (م٨١٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م٦٦) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م٢٧ فقرة ٢)[3].

ومهما يكن من أمر فإن القاعدة الرومانية التى كانت أساساً لهذه الحركة الفقهية والقضائية والتشريعية هى قاعدة معيبة من الوجهتين المنطقية والعملية، فمنطق البطلان يقضى بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال، حتى لا يترتب أثر على العقد الباطل. وإذا كان الرومان يأبون الاسترداد على من كان ملوثاً من الطرفين، فذلك يرجع إلى خاصية فى القانون الرومانى قد زالت. وذلك أن العقد فى هذا القانون كان يستمد قوته الملزمة من شكليته، فإذا أعطى المتعاقد الذى سلم الشئ حق استرداده، فلم يكن ذلك لأن العقد الشكلى غير ملزم، بل عن طريق إعطاء المتعاقد دعوى خاصة (condicitio ob turpem causam)، من العدل أن تنكر على من كان ملوثاً من الطرفين إذ لا يصبح

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٨٥ ص١٦٠ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص١١٥ - وانظر فى القضاء المصرى تفصيلا نظرية العقد للمؤلف ص٦٥٥ هامش رقم ٣ ومرجع القضاء ملحق م١٤٧ رقم ٥٢٧٧ - ٥٢٨٣ - بسطوروس ٢ ص٤٣٥ - ص٤٣٦. هذا وقد ذهبت بعض الأحكام فى مصر إلى مدى أبعد مما ذهبت إليه القاعدة الرومانية ذاتها، فقضت بأن من يدفع فوائد تربو على النصاب القانونى ليس له أن يطلب استنزال ما دفعه زيادة عن ذلك النصاب من أصل دينه (استئناف وطنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ - وفى ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص٢١٧ رقم ٢٢٩ - استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص٦٢ - وفى ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٢٨٨). ذلك أن المدين الذى دفع الفوائد الربوية غير ملوث، والملوث هو الدائن الذى اضطر المدين إلى ذلك (أنظر فى جواز استرداد الفوائد الربوية استئناف مختلط فى ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٤٧ - والمادة ٢٢٧ فقرة أولى من القانون الجديد).

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى [illegible] يونية سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣/٨٥ ص٢٢٤ - وقضت محكمة العطارين الجزئية فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (المحاماة ١٣ رقم ٣٠٧ ص٦٠٣) بأنه وإن اختلفت الآراء فى جواز استرداد ما دفع تنفيذاً لتعهد قائم على سبب مخالف للآداب أو للنظام العام، إلا أنه مما لاشك فيه أن نتيجة الرأى القائل بعدم جواز الاسترداد يؤدى حتما إلى إقرار حالة يأباها القانون، لأن حرمان أحد العاقدين من استرداد ما دفعه عقاباً له على ما فرط منه معناه تمكين العاقد الآخر من الاستمتاع بما حصل عليه جزاء على إجرامه أو تدليسه أو خروجه على الآداب العامة، ومهما قال أنصار هذا الرأى فى تأييده فإن الأوفق والأكثر انطباقاً على القانون ألا يرتب على العقد ذى السبب غير المشروع أى أثر قانونى وأن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد، ويكفى المسترد عقاباً ما يناله من تشهير يترتب على إذاعة محتويات العقد وما كان يدبره فى الخفاء مخالفاً للقانون والآداب.

(٣) وأخذت بها بعض التقنينات الأقدم عهداً: القانون النمساوى (م١١٧٤) والقانون الإسبانى (م١٣٠٥ - ١٣٠٦) والقانون البرتغالى (م٦٧١ - ٦٩٢ - ويقضى بأن المال الذى لا يسترد يكون ملكاً للخزينة تصرفه فى أغراض خيرية).

جديراً بها. أما الآن فالوضع القانوني للمسألة قد تغير، وأصبح العقد غير المشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة إلى الطرف الملوث، ولم يعد هناك محل للنظر في إعطاء دعوى الاسترداد أو إنكارها عليه مادام العقد غير ملزم له. والوجه العملي للمسألة، كوجهها المنطقي، يقضي هو أيضاً بأن يكون الاسترداد جائزاً في كل الأحوال، فمادام الغرض محاربة العقود غير المشروعة، فلن يكون ذلك بمنع الطرف الملوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله، إذ يكون بقاء المال في يد هذا الطرف الآخر – كالموظف يستبقي الرشوة، والمأجور على جريمة يستبقي الأجر – أبلغ في التشجيع على الفساد من سلبه إياه. وما على المجرمين إذن إلا أن يتعاملوا نقداً حتى يأمنوا غائلة القانون!!

لذلك أحسن القانون الجديد صنعاً في إغفاله النص الذي كان المشروع التمهيدي يشتمل عليه، وقد حذف في المشروع النهائي كما قدمنا، لأنه نص لا يتمشى مع منطق البطلان. وإذا كانت هناك أحوال تقتضي النظر، فإن القواعد العامة تكفي في معالجتها. كما إذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذي يريد الاسترداد بالطرف الآخر. مثل ذلك الشخص اتصل بامرأة اتصالا غير مشروع في مقابل مال إعطاه إياها، وهو يريد الآن استرداد هذا المال. في مثل هذه الحالة لا نتردد في إنكار الاسترداد عليه، وتستبقي المرأة المال، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثراً، ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهي قاعدة عتيقة لا يجوز الأخذ بها بعد أن زالت مقتضياتها، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذي أصاب المرأة من هذا الاتصال غير المشروع[1].

٣٣٩– حالة نقص الأهلية: وإذا كان العقد قابلا للإبطال لنقص أهلية أحد المتعاقدين، وأبطل، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع تطبيقاً للقواعد التي قدمناها. أما المتعاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ وقد تقدم ذكرها. والأصل في ذلك قاعدة عامة قررتها المادة ١٨٦ من القانون الجديد في دعوى غير المستحق، إذ قضت بأنه «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به». وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في حالة الوفاء لناقص الأهلية في دعوى غير المستحق.

(١) هذا وإذا اعتبرنا أن القانون الجديد قد جاء مفسراً للقاعدة القانونية التي يجب اتباعها في صدد العقود غير المشروعة وجواز استرداد ما دفع تنفيذاً لها، فإنه يطبق بأثر رجعي، شأن سائر القوانين المفسرة، ويسري على جميع العقود، حتى التي أبرم منها في ظل القانون القديم. أما إذا اعتبرنا القانون الجديد قد استحدث الحكم الذي أتى به، فإن هذا الحكم لا يسري على العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم فلا يجوز فيها الاسترداد، ويسري على العقود التي أبرمت في ظل القانون الجديد فيجوز الاسترداد فيها. ونحن نميل إلى اعتبار الحكم مستحدثاً، لأنه أتى مخالفاً لما جرت عليه الكثرة من الأحكام.

٢– بالنسبة إلى الغير

٣٤٠– تأثر حق الغير بالبطلان: ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين، بل يجاوزها إلى الغير. فإذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد باطل أو قابل للإبطال حقاً عينياً، رهناً أو حق ارتفاق مثلاً، ثم تقرر بطلان البيع، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري. كذلك لو باع المشتري العين من آخر، فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشتري الثاني.

٣٤١– وجوب تسجيل دعوى البطلان: على أن البائع في المثل المتقدم، حتى يستوثق من الوصول إلى هذه النتيجة، يجب عليه أن يسجل دعوى البطلان أو أن يؤشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل. فقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه «يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجل تلك الدعاوى». وتنص المادة ١٧ من هذا القانون معدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة. ولا يسري حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول».

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى البطلان، فإن حقه يزول بتقرير بطلان العقد، سواء كان سيئ النية أو كان حسن النية. أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطلان، فالظاهر من نص المادة ١٧ أن حقه يزول إذا كان سيئ النية، ويبقى إذا كان حسن النية. ومهما يكن من أمر – وليس هنا مجال التفصيل في ذلك – فإن القانون أورد حكماً خاصاً لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً، فنص في المادة ١٠٣٤ على أنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن».

الفصل الثانى

آثار العقد

٣٤٢- نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع: إذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به.

فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد: ومن هنا نرى نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص. ويلتزمان بما تضمنه العقد من التزامات دون غيرها: ومن ثم نرى النسبية من حيث الموضوع.

فالعقد نسبى إذن فى قوته الملزمة: (أولا) من حيث الأشخاص. (ثانيا) ومن حيث الموضوع.

ونبحث كلا من هذين الأمرين.

الفرع الأول

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص

٣٤٣- المتعاقدان والغير: العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين. ولا يجاوزهما إلى الغير إلا فى حالة الاشتراط لمصلحة الغير. فنحن نبحث: (أولا) أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين. (ثانيا) أثر العقد بالنسبة إلى الغير.

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

٣٤٤- الخلف العام والخلف الخاص: إذا قلنا إن العقد لا يتناول أثره إلا المتعاقدين، فيجب أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع فى فهم كلمة «المتعاقدين». فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب، بل المقصود هما ومن يمثلانه فى التعاقد. فالمتعاقدان إذا تعاقدا انصرف أثر العقد إليهما، وانصرف كذلك إلى الخلف العام، وقد ينصرف إلى الخلف الخاص[1].

---

(١) وينصرف كذلك إلى الدائنين على نحو معين سنبينه فى الجزء الثانى عند الكلام فيما يكفل الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان. وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً هو المادة ٢٠٧ من هذا المشروع، جرت على الوجه الآتى: «يحتج بالعقد على دائنى المتعاقدين إلا إذا انطوى على غش أو كان عقداً صورياً». فحذف النص فى المشروع النهائى لأن أحكامه مذكورة بالتفصيل فى نصوص تالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧٤ فى الهامش). وعند معالجة أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين يأتى الكلام فى الدعاوى الثلاث المعروفة: الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية

والخلف العام (ayant - cause à titre universel) هو من يخلف الشخص فى ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو فى جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة فى مجموعها. والخلف الخاص (ayant- cause à titre particulier) هو من يخلف الشخص فى عين معينة بالذات أو فى حق عينى عليها، كالمشترى يخلف البائع فى المبيع، والموصى له بعين فى التركة يخلف فيه الموصى، والمنتفع يخلف المالك فى حق الانتفاع.

والخلف ، عاماً كان أو خاصاً، لا يعتبر من الغير فى العقد، فينصرف إليه أثره على التفصيل الذى نذكره فيما يلى.

المطلب الأول

الخلف العام

٣٤٥- النصوص القانونية: نصت المادة ١٤٥ من القانون الجديد على ما يأتى:

«ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام»[1].

٣٤٦- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام: ويتبين من النص المتقدم أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام. ومعنى ذلك أن الحقوق التى ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعد

=ودعوى الصورية (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٦٨ - ص٢٦٩).

وانصراف أثر العقد إلى الدائن لا يعنى أنه خلف عام أو خلف خاص، بل إن الدائن بالنسبة إلى العقود التى يبرمها مدينه فى موقف يتميز عن موقف كل من الخلف العام والخلف الخاص.

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٠٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد (فيما عدا تحويراً لفظياً)، وأقرته لجنة المراجعة بعد هذا التحوير اللفظى تحت رقم ١٤٩ فأصبح مطابقاً لنص القانون الجديد ثم أقره مجلس النواب، فلجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٥، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧١ - ص٢٧٣). وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: «لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن العلاقة القانونية شخصية بحتة. ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين، صريحة كانت أو ضمنية، أو من طبيعة العقد كما هو الشأن فى شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة، أو من نص فى القانون، كما هى الحال فى حق الانتفاع، وعلى ذلك ينتقل إلى الوارث ما يرتب العقد من حقوق والتزامات. أما الحقوق فيكون انتقالها كاملا. بيد أن حكم الالتزامات يقتضى تحفظاً خاصاً يتصل بأحكام الميراث. ذلك أن الوارث لا يلتزم بديون مورثه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة... فليس ينبغى أن يعزل هذا النص عن النصوص التى تضمنها المشروع بشأن تصفية التركات» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧٢)

موت المورث المتعاقد. أما الالتزامات فيلاحظ في شأنها أن في الشريعة الإسلامية – وهي الشريعة التي تطبق في مصر في أكثر الأحوال في مسائل الميراث – مبدأ خاصاً يقضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين. ومقتضى هذا المبدأ أن يبقى الالتزام في التركة، دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث، حتى ينقضي. ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث. ومن ثم عني القانون الجديد بتنظيم تصفية التركة، فأورد نصوصاً هامة في هذا الشأن (م٨٧٥ – ٩١٤) تنظم سداد ديون التركة، وتكفل حقوق دائنيها، وتحمى الغير الذي يتعامل مع الوارث.

ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له وعليه[1] (1)، وفي الصورية يسرى في حقه العقد الحقيقي دون العقد الصوري.

٣٤٧– متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفاً: على أنه يستثنى من القاعدة المتقدمة أحوال أشير إليها في المادة ١٤٥، وفيها لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفاً، وهي ثلاث:

(الحالة الأولى) إذا اتفق المتعاقدان على ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين، فإذا أرادا أن حقاً أو التزاماً نشأ من العقد يقتصر أثره على شخص المتعاقد، فلا ينتقل إلى الوارث من بعده، صح الشرط إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام أو للآداب. فيجوز مثلا أن يتفق المتعاقدان في بيع على أن يمنح المشترى أجلا لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته، فإذا مات المشترى وجب على الورثة دفع الثمن في الحال من التركة. كذلك يجوز الاتفاق على أن يكون للبائع الحق في استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع[٢].

(الحالة الثانية) إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ من العقد تأبى أن ينتقل من المتعاقد إلى خلفه العام(2). وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً. فإذا حصل شخص

(١) وسنرى أن هناك فروضاً يكون فيها الخلف العام من الغير، فلا يكون العقد حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ.

(٢) ولكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشترى أن ما يتبقى من أقساط الثمن بعد موت البائع يدفع إلى أحد الورثة دون الآخرين، إلا في حدود الوصية.

(1) يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه لأنه يعتبر قائما مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه طالما أن العقد قد نشأ صحيحا، وخلصت له قوته الملزمة.

(جلسة ١٩٧٢/٥/١١ الطعن ٣٤٦ لسنة ٣٦ق س٢٣ ص٨٥)

(جلسة ١٩٦٨/٢/١٣ الطعن ١٠٦ لسنة ٣٣ق س١٩ ص٢٥٤)

(2) أ– مفاد نص المادة ١٤٥ من القانون المدني يدل – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية –

على حق انتفاع بموجب عقد، فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته، لأن حق الانتفاع تقضي طبيعته القانونية بأن ينقضي بموت صاحبه. وإذا حصل شخص بمقتضى عقد على إيراد مرتب طول الحياة، فهذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثته، لأن طبيعة الإيراد القانونية والمادية معاً تقضي بانتهائه بموت صاحب الإيراد. كذلك كل التزام نشأ من عقد، ولوحظت فيه شخصية الملتزم أو صفة خاصة به، ينقضي بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعة الالتزام المادية، كفنان أو جراح أو مهندس أو محام يلتزم بالعقد أن يقوم بعمل من أعمال مهنته، فلا ينتقل التزامه هذا إلى ورثته ولو في التركة.

(الحالة الثالثة) إذا كان هناك نص في القانون يقضي بألا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام. والقانون ينص على ذلك في مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً. من ذلك ما قضت به المادة ٥٢٨ من أن الشركة تنقضي بموت أحد الشركاء، وما قضت به المادة ٦٠٢ من أن الإيجار ينقضي بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه، وما قضت به المادة ٦٢٦ من أن المزارعة تنقضي بموت المزارع، وما قضت به المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضي بموت الموكل أو الوكيل.

٣٤٨– متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير: وهناك فرض ينظر فيه إلى الخلف العام باعتباره من الغير. ذلك أن القانون يعطي للوارث حقوقاً يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه، ويقصد بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به. ولذلك يعتبر الوارث في هذه الفروض من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات(1). فالقانون يبيح للمورث التصرف في جميع أمواله حال حياته، معاوضة أو تبرعاً، حتى لو أضر هذا التصرف بالورثة، وحتى لو تعمد المورث هذا الإضرار. أما إذا تصرف في ماله لما بعد الموت

=على أن طبيعة التعامل التي تأبى أن ينتقل الحق أو الالتزام من المتعاقد إلى خلفه العام تستوجب أن يكون هذا الحق أو الالتزام مما ينتفي بطبيعته بموت المتعاقد لنشوئه عن علاقة شخصية بحتة.

(جلسة ١٩٨٥/٣/١١ الطعن ١٦٥٧ لسنة ٤٩ق س٣٦ ص٣٦٧)

ب– يبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني ومذكرتها الايضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضي بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافه عامة عن طريق الميراث أو الوصية واستثنى من هذه القاعدة الحالات التي تكون فيها العلاقة القانونية شخصية بحتة، وهي تستخلص من ارادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية أو من طبيعة العقد أو نص في القانون.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/١٣ مجموعة المكتب الفني للنقض السنة ١٩ ص٢٥٤)

(1) الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف أنه وان كان في ظاهره بيعا منجزا إلا أنه في حقيقته يخفي وصيه إضرارا بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر حينئذ في حكم الوصية وأن الوارث في هاتين الصورتين يستمد حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الارث فان حق الوارث في الطعن في تصرف مورثه في هذه الحالة انما يستمد من المورث لا من=

طريق الوصية. وهو تصرف لا يكفله شيئاً فى حياته، فيتحكم بذلك فى حظوظ ورثته تحكماً يأباه النظام العام، فإن القانون – والمقصود به هنا الشريعة الإسلامية إذ هى التى تطبق فى مصر غالباً فى هذه المسألة – يتقدم لحماية الوارث، ويقيد من تصرفات المورث، فلا يبيح له أن يتصرف فى ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث. وكالوصية كل تصرف صدر فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع (م٩١٦ جديد)(١).

ويترتب على ذلك أنه إذا باع المورث عينا وهو فى مرض موته لوارث أو لغير وارث، وكانت العين تزيد على ثلث التركة، فإن البيع لا يسرى فى حق الورثة فيما يزيد على الثلث إلا إذا أجازوه، ومن ثم لا يكون عقد البيع حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ. فلو أن تاريخ العقد العرفى يرجع إلى عهد كان المورث فيه غير مريض، لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم، ولهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمداً حتى لا يظهر أن العقد قد صدر فى مرض الموت. وقد نص القانون الجديد على ذلك صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ إذ يقول: «وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً»(٢).

= القانون ومن ثم لا يجوز له اثبات طعنه إلا بما كان لمورثه من طرق الاثبات وذلك لأن الوارث خلف عام لمورثه لا يستطيع أن يسلك فى الاثبات سبيلا لما كان لمورثه أن يسلكه ولا يغير من هذا أن يكون التصرف الصادر من المورث من شأنه أن يقلل نصيب الوارث فى التركة إذ هذا الاخلال لا يعتبر اضرارا بحق الوارث يصبح معه من الغير بالنسبة لتصرف مورثه.

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٠ الطعن ٤١٣ لسنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٨٤/٥/١٥ الطعن ١٩٣٥ لسنة ٤٩ق)

(١) وهذا بخلاف الدائن فإن القانون يحميه أكثر مما يحمي الوارث، فلا يبيح للمدين أن يتصرف فى ماله ولو معاوضة إذا قصد الإضرار بالدائن. وفرق ما بينهما أن الوارث يتلقى المال من غير عوض، أما الدائن فيتلقاه بعوض.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعتبر الوارث قائماً مقام المورث فى صدد حجية التصرف الذى صدر منه لأحد الورثة إلا فى حالة خلو هذا التصرف من محل طعن، فإذا كان التصرف يمس حق وارث فى التركة عن طريق الغش والتدليس والتحيل على مخالفة أحكام الإرث، فلا يكون الوارث ممثلا للمورث بل يعتبر من الأغيار، ويباح له الطعن فى التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق (نقض مدنى فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص١٥٠).

ويلاحظ أن الورثة لا يكونون من الغير إلا إذا أثبتوا أن التصرف صادر فى مرض الموت، ولذلك كان عبء الإثبات عليهم فى ذلك. وقبل هذا الإثبات يكون التاريخ العرفى للتصرف حجة عليهم لأنهم لم يصبحوا بعد من الغير، حتى إذا ما أثبتوا أن التصرف صدر فى مرض الموت أصبحوا من الغير، فلا يكون عندئذ حجة عليهم إلا التاريخ الثابت للتصرف – وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن التصرف فى مرض الموت إما أن يكون بمحرر ذى تاريخ ثابت أو غير ثابت، فإذا كان تاريخه ثابتاً فلا يصح الاحتجاج به على الوارث إلا من اليوم الذى اكتسب فيه هذا التاريخ الثابت بناء على أنه من الأغيار، ولا عبرة فى هذه الحالة بالتاريخ العرفى الذى يحمله المحرر طبقاً للمادة ٢٢٨ مدنى (قديم). أما إذا كان تاريخه غير ثابت كان للوارث الحق فى أن يثبت بكل الطرق القانونية أن =

المطلب الثانى

الخلف الخاص(*)

٣٤٩- النصوص القانونى: نصت المادة ١٤٦ من القانون الجديد على ما يأتى:

إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه»(١).

وإذا كان هذا النص قد استحدثه القانون الجديد، فإنه – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى – ليس إلا «تأصيلاً لتطبيقات القضائين المصرى والفرنسى فى هذا الشأن».

٣٥٠- وضع المسألة بالنسبة إلى الخلف الخاص: انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف فى الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام. ويحسن بادئ الأمر أن نحدد تحديداً دقيقاً من هو الخلف الخاص. فقد قدمنا أنه هو من يتلقى من سلفه ملكية شئ معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشئ. والشئ الذى يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب، وقد يكون حقاً شخصياً. فالمشترى خلف خاص للبائع فى الشئ المبيع، وهذا استخلاف فى ملكية عين معينة. وصاحب حق الانتفاع خلف خاص

=التاريخ صورى وأن التصرف واقع فى مرض الموت. وظاهر أن هذا ترخيص يمنح للوارث المذكور فى هذه الحالة لإثبات ما يدعيه لأنه أجنبى عن التصرف بحيث إذا لم يقم بإثباته كان التاريخ العرفى المعترف به من المورث حجة عليه (١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٣١ رقم ١٣٣ ص٣٥٧ – أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية فى ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٧٨ ص٧٤٠ – استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م٢ ص٤٠٩).

(*) أنظر فى هذا الموضوع مقالا للأستاذ ليبارنيير (Lepargneur) فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٤ ص٤٨١ – ص٥٨٣– ومقالاً آخر للأستاذ حامد فهمى (باشا) فى حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال فى حق الخلف بسبب خاص فى مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الرابع ص٤٤– ص٦٥.

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدى بما يتفق مع نص القانون الجديد مع تحوير لفظى بسيط. ووافقت عليه أغلبية لجنة المراجعة على استبقائه فى المشروع النهائى تحت رقم المادة ١٥٠– ووافق عليه مجلس النواب – وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت بعبارة «إذا أنشأ العقد حقوقاً والتزامات» عبارة «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية» لأن النص يتعلق بالخلافة الخاصة ولا ينتقل من طريق هذه الخلافة إلا ما كان شخصياً من الحقوق التى يولدها العقد. وحذف من الشق الأخير من النص عبارة «أو يستطيع أن يعلم به» حتى يقتصر حكم النص على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به لدقة الوضع. وأصبح رقم المادة ١٤٦. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧٤ – ص٢٧٨).

لمن تلقى منه هذا الحق، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على عين معينة. والمحال له خلف للمحيل فى الحق المحال به، وهذا استخلاف فى حق شخصى. والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذى رهنه، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على حق شخصى. ويخلص من هذا أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً، سواء كان هذا الشئ حقاً عينياً أو حقاً شخصياً، أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشئ. أما من يترتب له حق شخصى فى ذمة شخص آخر فلا يكون خلفاً خاصاً له، بل يكون دائناً. فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر، بل هو دائن له(١). والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلى. إنما خلف المستأجر الأصلى هو المتنازل له عن الإيجار، لأنه تلقى عنه حقاً شخصياً، ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له فى ذمته حق شخصى. ولا يعتبر البائع الذى يسترد العين من المشترى بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفاً خاصاً للمشترى، لأن كلا من الفسخ والإبطال له أثر رجعى، فلا يكون البائع متلقياً الملكية من المشترى كما فى المقايلة، بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلاً إلى المشترى فلا يصح أن يقال إنه تلقاها منه ثانية(٢).

والمثل المألوف فى الخلف الخاص هو من يتلقى عيناً من سلفه(1). كالمشترى يخلف البائع فى العين المبيعة. فإذا كان البائع قد أبرم عقداً بشأن العين التى باعها، فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشترى؟ بديهى أن العقد إذا كان قد أبرم بعد انتقال المبيع إلى المشترى فإن أثره لا ينصرف إلى المشترى إذ يعتبر من الغير. أما إذا كان العقد قد أبرم قبل انتقال المبيع إلى المشترى، فهنا يختلف الوضع. إذ يصح التساؤل هل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشترى وقد تلقى المبيع والعقد فى شأنه قائم؟ فلا تعرض إذن مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا إذا توافر شرطان: (أولاً) أن يكون العقد قد أبرم فى شأن الشئ المستخلف فيه. أما إذا كان قد أبرم فى شأن آخر فلا تعرض المسألة، كما إذا باع شخص

---

(١) فيجوز أن يستعمل حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة، كأن يقطع التقادم ضد شخص وضع يده على العين المؤجرة. ويجوز كذلك أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعوى البوليصية، كما إذا باع المؤجر العين متواطئاً مع المشترى حتى يتخلص من حق المستأجر بفرض أن الإيجار غير ثابت التاريخ.

(٢) والظاهر أن انتقال الشئ من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بعمل إدارى، كعقد أو وصية، فمن يكسب عينا بالتقادم لا يكون خلفاً خاصاً للمالك الأصلى (دى هلتس ١ فى الخلف فقرة ٢٢- الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٠١- قارن لابورد لاكوست فقرة ١١٦ وما بعدها). والأدق من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشئ إلى الخلف يكون بأى سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والتقادم، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف إلا إذا كان انتقال الشئ بعمل إدارى، فهو وحده الذى يتمشى مع فكرة حوالة الحق أو الدين وهى الفكرة التى يؤسس عليها عادة انصراف أثر العقد إلى الخلف كما سنرى.

(1) الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه شيئا سواء كان هذا الشئ حقا عينيا على هذا الشئ، أما يترتب له ابتداء حق شخصى فى ذمة شخص آخر فلا يكون خلفا خاصا له بل يكون دائنا - فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر بل هو دائن له، انما خلف المستأجر الاصلى هو المتنازل له عن الايجار.

(جلسة ١٩٧٨/١/٢ الطعن ١٥ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص٦١).

عيناً وأصبح المشترى خلفاً خاصاً له فى هذه العين، فلا محل للتساؤل عما إذا كان هذا الخلف ينصرف إليه أثر قرض عقده البائع حتى لو كان هذا القرض سابقاً على البيع مما جعل العين المبيعة تدخل فى الضمان العام للمقرض، وليس للمقرض فى هذه الحالة إلا الطعن فى البيع بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها. (ثانياً) أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشئ المستخلف فيه للخلف الخاص. فيجب إذن أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ وسابقاً على التاريخ الذى انتقل فيه الشئ إلى الخلف(١)(1).

ونأتى بمثلين يبينان الأهمية العملية للمسألة التى نحن بصددها: أمن شخص على

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «الخلف الخاص هو من يكتسب ممن يستخلفه حقاً عينياً على شئ معين، كالمشترى والموهوب له والمنتفع، فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشئ انتقل ما يرتب هذا العقد من حقوق والتزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة: أولها أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف لملكية الشئ ويراعى أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ...» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧٥).

والحكم كالعقد لا يتعدى أثره إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشئ إلى الخلف، ولا يكفى أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشئ إذا كان الحكم قد صدر بعد ذلك (أنظر فى هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية فى ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦٢١ ص١٤٢٨).

(1) أ- مفاد المادة ١٤٦ من التقنين المدنى أن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص لا يصادف محلا إلا إذا كان متعلقا بالشئ الذى انتقل إليه، وكان عقد السلف سابقا على العقد الذى بموجبه انتقل الشئ إلى الخلف، أما العقود التى يبرمها السلف فى شأن الشئ المستخلف فيه بعد انتقاله إلى الخلف فيعتبر الأخير من الغير بالنسبة إليها ولا يسرى أثرها عليه، والحكم كالعقد فى هذا الشأن فلا يتعدى أثره ولا تمتد حجيته إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشئ إلى الخلف واكتسابه الحق عليه، ولا يكفى أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشئ إذا صدر الحكم فيما بعد.

(جلسة ١٩٧٩/٢/٢١ الطعن ٥٢٩ لسنة ٤٨ق)

ب- الأصل أن البائع لا يمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى، وان للشريك على الشيوع أن يبيع حصته شائعة وإذا سجل المشترى عقده انتقلت إليه حصة البائع شائعة ويصبح المشترى دون الشريك هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الاعيان اتفاقا أو قضاء، فإذا تجاهله شركاؤه واجروا القسمة مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة ٢٦ ص١٦٧٨)

جـ- الحكم الذى يصدر ضد البائع متعلقا بالعقار المبيع يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه بعد صدوره وذلك على اساس أن المشترى يعتبر ممثلا فى شخص البائع له فى تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له.

(جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ الطعن ٧٣٩ لسنة ٤٢ق)

(جلسة ١٩٧٥/٣/١٨ مجموعة المكتب الفنى محكمة النقض السنة ٢٦ ص٦٢٧)

(جلسة ١٩٦٩/٢/١١ مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة ٢٠ ص٢٩٢)

منزله من الحريق ثم باعه، فهل ينتقل للمشترى حق البائع فى التأمين؟ باعت شركة أرضاً واشترطت على المشترى أن يكون البناء على نحو معين، ثم باع المشترى الأرض لمشتر ثان، فهل ينتقل إلى المشترى الثانى التزام المشترى الأول بالبناء على نحو معين؟

٣٥١- متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص: وقد وضع القانون الجديد معياراً يعرف به متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص. فذكر أن الحقوق والالتزامات التى تنشأ من العقد تنتقل إلى الخلف الخاص فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ «إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه». وقد قدمنا أن هذا المعيار ليس إلا تأصيلا لما جرى عليه القضاء فى مصر وفى فرنسا قبل صدور القانون الجديد.

وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشئ إذا كانت مكملة له، كما تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشئ إذا كانت محددة له. يبرر ذلك أن الحقوق المكملة للشئ إنما هى فى الواقع من الأمر تعتبر من توابع هذا الشئ، والتابع ينتقل مع الأصل[1]. أما الالتزامات التى تحدد الشئ فيجب أن تنتقل أيضاً معه، لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك. ومن ثم كانت الحقوق المكملة للشئ والالتزامات المحددة له هى من مستلزمات هذا الشئ، تنتقل معه إلى الخلف الخاص[2]. وننظر الآن فى تطبيقات عملية لهذين المعيارين الفرعيين.

٣٥٢- الحقوق المكملة للشئ: الحق، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف، يجب أن يكون مكملاً للشئ الذى انتقل إلى الخلف كما قدمنا. وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف:

(1) متى كان عقد الايجار منصوصا فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر فى الاعيان المؤجرة من اصلاحات أو انشاءات يكون ملكا للمؤجر، ثم باع المؤجر هذه الاعيان فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات البيع فتنتقل بحكم القانون إلى المشترى وتبعا لذلك يكون للمشترى حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الاعيان.

(جلسة ١٩٥١/١١/٢٢ مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة ٣ ص٨٣)

(جلسة ١٩٦٦/٢/١ مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة ١٧ ص٢٢١)

(2) أنه وإن كان الأصل فى الخلف الخاص أن يعتبر من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقود أجراها سلفه إلا أن هذه الغيرية تنحسر عنه متى كان ما رتبه السلف يعد من مستلزمات الشئ، فيصبح فى هذه الحالة فى حكم الطرف فى العقد الذى أجراه السلف وكان الالتزام يعتبر من مستلزمات الشئ الضرورية إذا كان محددا له بأن كان من شأنه أن يقيد من استعمال الشئ أو يغل اليد عن مباشرة بعض الحقوق عليه، وكان القانون قد اعتبر الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الايجار من مستلزمات الشئ المؤجر. فان المتنازل له عن الايجار يعتبر خلفا خاصا للمستأجر الأصلى فينصرف إليه أثر الايجار من الباطن لأنه عقد ابرم فى شأن ما استخلف فيه وهو حق المؤجر متى كان الايجار ثابت التاريخ وسابقا على التنازل وكان المتنازل إليه عالما به وقت حصول التنازل بالتطبيق لحكم المادة آنفة الاشارة.

(جلسة ١٩٧٧/١/٢ الطعن ٢٥٩ لسنة ٤٣ق

(جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ الطعن ٦٠١ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص٨٧٧)

(١) الحقوق العينية التى ترتبت لمصلحة الشئ[1]. فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق للعين، فإن الخلف الذى تنتقل إليه العين يتلقاها متمتعة بهذا الحق[١].

(٢) الحق الذى يكون تأميناً للشئ، سواء كان هذا التأمين عينياً أو شخصياً، لأن التأمين يعد مكملا للشئ، إذ هو يحفظه ويقويه. فإذا حول الدائن حقه، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من كفالة أو رهن أو غير ذلك[٢].

(٣) وينتقل أيضاً إلى الخلف الحقوق الشخصية التى يكون الغرض منها درء ضرر عن الشئ، لأن الحق الذى يقصد به وقاية الشئ من الضرر يعد مكملا لهذا الشئ إذ هو يحفظه كما فى التأمينات. فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق، ثم باع المنزل، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل المشترى[٣]. وينتقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين[٤]. ومثل حق البائع فى التأمين حقه قبل البائع له فى ضمان الشئ ضمان استحقاق أو ضمان عيب، فالبائع لشئ ينقل مع هذا الشئ إلى المشترى حقه فى الضمان[٥]. ومثل هذا أيضاً حق بائع المتجر فى عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو

(١) ونحن فى هذا لم نفرق بين ما إذا كان الحق الذى انتقل إلى الخلف حقاً شخصياً أو حقاً عينياً، خلافاً لما ورد فى الأعمال التحضيرية أمام لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ (قارن أيضاً الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٠٤ - فقرة ٢٠٤ مكررة).

(٢) وكالتأمينات دعاوى الفسخ فهى من شأنها تأكيد الحق، فالمحال له بالثمن ينتقل إليه حق البائع فى الفسخ إذا لم يستوف الثمن من المشترى، بخلاف دعاوى البطلان فهى لا تنتقل إذ هى تتنافى مع الحق لا تؤكده. كذلك ينتقل الحق فى الحصول على سند تنفيذى بالدين المحال به (محكمة استئناف أسيوط فى ٩ مارس سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٨ ص١٠٤٨)

(٣) وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسى أولا، ثم عدل عن ذلك وأصبح الأمر الآن يتعلق بتفسير عقد التأمين ويرد فيه عادة شرط يقضى بانتقال الحقوق الناشئة عنه إلى الخلف بقيود معينة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص٤٥٤ هامش رقم ٤). أما القضاء المصرى فالظاهر أنه يرى أن الحق الناشئ عن عقد التأمين لا ينتقل مع الشئ المؤمن عليه إلى الخلف (محكمة مصر الوطنية مستعجل فى ١٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٧٠ ص١١٤٣ استئناف مختلط فى ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٥).. ولكن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تشير صراحة إلى عكس ذلك فتقول: «.... أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشئ، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كعقود التأمين مثلا، أو إذا كانت هذه الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن فى الالتزام بعدم البناء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧٥). أنظر أيضاً فى هذا المعنى قانوناً خاصاً صدر فى سويسرا سنة ١٩٠٨.

(٤) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص٤٥٥.

(٥) وللمشترى أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب أو بأى ضمان اشترطه البائع لنفسه. ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان، فإن هذا لا يمنع المشترى من الرجوع بالضمان على البائع للبائع.

(1) من آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشترى بما يكملها وبما يحددها ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتنصيص عليه بالذات فى عقد البيع كى يمكن للمشترى التحدى به.

(جلسة ١٩٥٩/١/١٣- م.ق.م - ٦٤- ٣٥٤)

فى تقييد موظف قديم فى حريته فى العمل حتى يمتنع عن هذه المنافسة، هذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدرأ خطر المنافسة عن متجره فهى مكملة للمتجر وتنتقل معه إلى المشترى.

أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكملا للشئ فإنه لا ينتقل إلى الخلف[1]. وعلى ذلك لا ينتقل:

(١) حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشئ الذى انتقل إلى الخلف أو درء الخطر عنه. فإذا تعاقد السلف مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التى انتقلت إلى الخلف لم ينتقل حق السلف إلى الخلف. ومثل هذا حق صاحب السيارة إذا استأجر مكانا تأوى إليه السيارة (جراج)، فإذا باعها لم ينتقل هذا الحق إلى المشترى.

(٢) حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته. فإذا اشترى طبيب أرضاً يقيم عليها مستشفى متنقلا، وتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة فى أوقات محددة لهذا المستشفى، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشترى للأرض بعد نقل المستشفى، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التى بيعت. وإذا باع شخص جزءاً من قطعة أرض وبنى المشترى على هذا الجزء مصنعاً لتوليد الكهرباء، واشترط البائع على المشترى أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض، فإن هذا الشرط لا ينتفع المشترى لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع.

٣٥٣- الالتزامات المحددة للشئ. والالتزام، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف، يجب أن يكون محدداً للشئ[1]. وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف:

(١) ويقال عادة إن الالتزام ينتقل إلى الخلف عن طريق حوالة الدين، كما ينتقل الحق إليه عن طريق حوالة الحق. وقد كان القانون المدنى القديم لا يعرف حوالة الدين ولم يكن فيه نص يقضى بانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص، ومن ثم كانت هناك مشقة فى تأصيل انتقال الالتزام إلى الخلف، ولجأ الفقه إلى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير مصوراً أن السلف اشترط على الخلف أن يقوم بالالتزام لمصلحة الدائن (نظرية العقد للمؤلف ص٧٤٣ هامش رقم ١- قارن الدكتور حلمى بهجت بدوى ص٢٠٧ وما بعدها)، أما فى القانون الجديد فلا حاجة بنا إلى هذا التصوير بعد أن اعترف القانون بحوالة الدين ونظمها فى نصوصه. بل إن نص المادة ١٤٦ من القانون الجديد أصبح يكفى وحده سنداً لانصراف أثر العقد إلى الخلف، وتكون حوالة الحق أو الدين تمت بحكم القانون.

(1) الايجار السابق على التصرف الناقل للملكية إنصراف أثره إلى الخلف الخاص. شرطه. حقوق والتزاماته. ثبوتها لهذا الخلف دون حاجة لاشتراط علمه بها وقت انتقال الشئ إليه. تقاضى السابق لعين النزاع مبلغ خلو رجل ومقدم ايجار من المستأجر. عدم مسئولية المالك الحالية عن بهذه المبالغ. علة ذلك.

(جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢ الطعن رقم ٥١١٩ لسنة ٦٣ق السنة ٤٨ ص٧٦٤)

(١) الارتفاقات العينية التى ترتبت على الشئ إذا كانت قد شهرت طبقاً لما يقتضيه القانون: فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق على العين، فإن العين تنتقل مثقلة بهذا الحق إلى الخلف، أما إذا كان ما رتبه السلف التزاماً شخصياً كالتزام المؤجر، بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها، فلا تنتقل التزاماته إلى المشترى إلا بنص فى القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف[1].

(٢) الالتزام الذى يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال. فإذا التزم السلف بعقد ألا يستعمل المنزل الذى يملكه فى حى للسكنى مقهى أو مطعماً، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف. كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته، فإن هذه القيود، سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتفاقات عينية، تنتقل إلى المشترى بمقتضى هذه القاعدة أو بمقتضى القاعدة السابقة. وقد اعتبرها القانون الجديد (م١٠١٨) ارتفاقات عينية ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

(٣) التزام السلف الذى يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك، كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل فى استخراج المعادن فاشترطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال، وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة التجارة فى جهة معينة كفاً للمنافسة[2].

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشئ الذى انتقل إلى الخلف، فلا ينتقل مع الشئ إلى الخلف. وعلى ذلك لا ينتقل:

(١) التزام السلف إذا كان لا يثقل العين أو يكيف من استعمالها أو يمنع من

(١) كذلك التزام صاحب المتجر نحو مستخدميه لا ينتقل إلى المشترى للمتجر، فلا يجبر المشترى على احترام عقود هؤلاء المستخدمين إلا إذا اشترط عليه ذلك، ويبقى البائع وحده مسئولا نحوهم، كما أن حق البائع قبلهم لا ينتقل إلى المشترى - هذا ويلاحظ أن المتجر فى ذاته مجموع من المال، فلو اعتبرنا أن المشترى يخلف البائع فى هذا المجموع فيصبح بهذا الاعتبار خلفاً عاماً، لانتقلت جميع حقوق المتجر والتزاماته إلى المشترى، وقد يدخل فى ذلك حقوق المتجر والتزاماته نحو المستخدمين، إذا اعتبرناها داخلة فى هذا المجموع من المال. ولكننا نعتبر مشترى المتجر خلفاً خاصاً لبائعه، لأن المتجر وإن كان فى ذاته مجموعاً من المال، إلا أنه بالنسبة إلى مجموع مال البائع لا يخرج عن أن يكون عيناً معينة وليس بجزء شائع فى هذا المجموع.

(٢) أنظر مع ذلك محكمة الاستئناف المختلطة وقد قضت بأنه إذا اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والتزم بأن يمتنع عن تصدير هذه المواد إلى الخارج قطعاً للمنافسة، ثم باع الحق الذى اشتراه إلى مشتر ثان، فإن الالتزام الذى ترتب فى ذمته لا ينتقل إلى المشترى الثانى (٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٣٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠م ٤٢ ص٣٢٧).

ويقع أن تبيع الحكومة أرضاً، وتشترط على المشترى أنها إذا نزعت ملكيتها للمصلحة العامة فى خلال مدة معينة فلا تلتزم إلا برد الثمن فقط، فإذا باع المشترى الأرض لمشتر ثان التزم المشترى الثانى بهذا الشرط باعتباره خلفاً خاصاً للمشترى الأول.

استعمال بعض حقوقها. فالتزام بائع الأرض الذى اتفق مع مقاول على البناء لا ينتقل إلى مشترى الأرض كما لا ينتقل الحق على النحو الذى قدمناه. والتزام بائع السيارة نحو صاحب «الجراج» لا ينتقل إلى من اشترى السيارة كما لا ينتقل الحق[1]. كذلك لا ينتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشئ الذى انتقل إلى الخلف من الضرر، سواء كان هذا التعويض ناشئاً عن عقد قدر فيه الضرر أو كان ناشئاً عن العمل الضار ذاته[2].

(٢) التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته. فليس على من اشترى ما وهب لبائعه، على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو بخدمته، قضاء شئ من ذلك.

٣٥٤- وجوب علم الخلف بالالتزامات والحقوق حتى تنتقل إليه: وغنى عن البيان أن الخلف لا تنتقل إليه التزامات سلفه أو حقوقه إلا إذا كان عالماً بها وقت انتقال الشئ إليه. وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص فى انتقال الالتزامات، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فمن العدل أن يكون عالماً بها وقت انتقالها إليه.

ويشترط العلم اليقينى لا مجرد استطاعة العلم. وقد كان كل من المشروع التمهيدى والمشروع النهائى للقانون الجديد يكتفى باستطاعة العلم، ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلت النص حتى يقتصر حكمه على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به[3].

ويغنى عن العلم التسجيل أو القيد فى الحقوق العينية التى يجب شهرها، طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن.

المبحث الثانى

أثر العقد بالنسبة إلى الغير

٣٥٥- الخلف قد يكون من الغير: قدمنا أن كلا من الخلف العام والخلف الخاص ينصرف إليه أثر العقد، إلا فى أحوال معينة يصبح فيها من الغير.

فالخلف العام يكون من الغير، كما رأينا، إذا أثبت أن التصرف الذى صدر من سلفه قد صدر فى مرض الموت، فلا يسرى التصرف فى حقه إلا على اعتبار أنه وصية.

والخلف الخاص يكون من الغير، ولا ينصرف إليه أثر العقد، إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشئ إلى الخلف، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشئ أو غير محدد له.

(١) ويمكن القول بوجه عام إنه إذا لم ينتقل الحق، فإن الالتزام هو أيضاً لا ينتقل.

(٢) استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٢٣ – ولا ينتقل إلى المشترى الالتزام الذى نشأ عن وعد بالبيع صدر من البائع قبل أن يبيع العين للمشترى.

(٣) أنظر الأعمال التحضيرية التى سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٣٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧٧ – ص٢٧٨).

وتتبين من ذلك أنه إذا كانت القاعدة هى ألا يكون الخلف من الغير، فينصرف إليه أثر العقد، إلا أن الخلف، عاما كان أو خاصا، يصبح فى أحوال معينة من الغير، فلا ينصرف إليه أثر العقد أصلاً، أو ينصرف إليه على اعتبار أنه وصية.

٣٥٦- الغير الأجنبى أصلاً عن العقد: أما الغير، الذى لم يكن طرفاً فى العقد ولا خلفاً لأحد من المتعاقدين، وهو ما يسمى بالغير الأجنبى أصلاً عن العقد (penitus extranei)، فلا ينصرف إليه أثر العقد مادام بعيداً عن دائرة التعاقد[1]. فالصلح الذى يقع بين الدائن وأحد الورثة لا يسرى فى حق بقية الورثة. والعقد الذى يصدر من أحد الشركاء فى الشيوع لا يقيد بقية الشركاء إلا فى حدود الفضالة. بيع ملك الغير لا يسرى فى حق المالك الحقيقى الذى لم يكن طرفاً فى العقد.

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضى بانصراف أثر العقد إلى الغير.

فالعدالة قد تقضى بأن يكون للغير دعوى مباشرة (action directe) هى دعوى أحد المتعاقدين على الآخر فى عقد لم يكن هذا الغير طرفاً فيه. ولا يكون ذلك إلا بنص خاص فى القانون. من هذا ما تقضى به المادة ٥٩٦ من أن يكون المستأجر من الباطن

(1) أ- الثمن الذى توجب المادة ٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع ايداعه حتى لا يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة هو الثمن الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشترى وانعقد به البيع ولا يكون هذا الثمن دائما هو الثمن المسمى فى العقد إذ يحتمل أن يكون هذا الثمن غير حقيقى بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة، وللشفيع أن يطعن فى هذا الثمن بالصورية وبأن يزيد على الثمن الحقيقى وعندئذ يقع عليه عبء اثبات هذه الصورية بطرق الاثبات القانونية كافه.

(جلسة ١٩٦٣/١٢/٥ الطعن ٢٧ لسنة ٢٩ق س١٤ ص١١٣١)

(جلسة ١٩٥٩/٤/٢ الطعن ٣٧٢ لسنة ٢٤ق س١٠ ص٣٠٣)

ب- المشترى يعتبر من الغير بالنسبة للتصرف الصورى الصادر من البائع إليه وله أن يثبت صورية هذا التصرف بغير الكتابة.

(جلسة ١٩٥٧/١٠/٣١ الطعن ١٨٩ لسنة ٢٣ق س٨ ص٧٥٩)

(جلسة ١٩٦٦/٥/٢٦ الطعن ٣٤ لسنة ٣٣ق س١٧ ص١٢٧١)

(جـ) الدائن الشخصى للمتصرف يعتبر من الغير فى الصورية ويجوز له اثباتها بطرق الاثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقا على التصرف الصورى بل يصح أن يكون حقه تاليا لهذا التصرف إذ أن التصرف الصورى الصادر من المدين يبقى صوريا بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا معه هذا التصرف ويظل الشئ محل التصرف داخلاً فى الضمان العام للدائنين جميعا.

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ الطعن ١٥٨ لسنة ٣١ق س١٦ ص١٢٢٣)

د- وكيل الدائنين فى تفليسة المدين يعتبر من الغير فى احكام الصورية بالنسبة لعقد الايجار الصادر عن الجراج باسم زوجة المدين المفلس ولا يتقيد فى اثبات حقيقة العقد بعبارات ونصوصه.

(جلسة ١٩٦٨/٦/١١ الطعن ٣٢٦ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١١٤١)

ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذر المؤجر. فالمؤجر يرجع إذن بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن، هى دعوى المستأجر الأصلى فى عقد الإيجار من الباطن، مع أن المؤجر لم يكن طرفاً فى هذا العقد. وكذلك يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حـ مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز المقدار الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقـ رفع الدعوى (م٦٢٢). وللموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآ (م٧٠٨). وسنعرض تفصيلا للدعوى المباشرة عند الكلام فى الدعوى غير المباشرة.

واستقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه. كالتصر الذى يصدر من الوارث الظاهر فإنه يسرى فى حق الوارث الحقيقى مع أن هذا لم يك طرفاً فيه، وكالإيجار الذى يصدر من غير المالك دون غش لمستأجر حسن النية فإنه يسر فى حق المالك الحقيقى فى بعض الأحوال[1].

ولكن الأثر الذى انصرف إلى الغير فى الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود، لم يرِ المتعاقدان وقت التعاقد، فهو مبنى على اعتبارات لا دخل للإرادة فيها.

أما أن العقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ويكون أثراً مقصوداً أراده المتعاقدان، فذلك تكفلت ببيان الحكم فيه المادة ١٥٢ من القانون الجديد، إذ تقول:

«لا يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً»[1].

---

(1) لئن كانت نظرية الأوضاع الظاهرة تقوم على اعتبارات مردها الضرورات العملية بقصد حمـ الاوضاع الظاهرة واستقرار المعاملات وذلك بالاعتداد بالتصرفات التى تصدر من صاحب المركز الظـ إلى الغير حسن النية وتصحيحها باعتبار أنها صدرت من صاحب المركز الحقيقى، إلا أنها – و نطاق الدعوى الراهنة – تفتقر إلى سندها القانونى، ذلك أن القانون المدنى لم يتخذ فيها مبدأ ع يسرى على كافة التصرفات وانما أورد بشأنها نصوصا استثنائية يقتصر تطبيقها على الحالات ا وردت بصددها، فلا يجوز التوسع فى تطبيق هذه النظرية على غير هذه الحالات التى ارتآها المشـ لحماية الاوضاع الظاهرة كما لا يجوز القياس عليها.

(جلسة ١٩٨٢/٥/٢٧ الطعن ٤٧٥ لسنة ٥١ق س٣٣ ص٥٩٣)

(جلسة ١٩٨٣/٦/١٦ الطعن ١٤٢٠ لسنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٨٦/٢/١٦ الطعن ١٢٦ لسنة ٥٤ق هيئة عامة س٣٣ ص٦٣٩)

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٢٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لنص القا الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النوا وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة لتعديله، ثم انتهت اللجنة إلى إ كما هو تحت رقم المادة ١٥٢. ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١ – ص٣٠٤).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «الأصل فى العقو تقتصر آثارها على عاقديها. فلا يترتب ما تنشئ من التزامات إلا فى ذمة المتعاقدين ومن ينوب ع من الخلفاء والدائنين، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة. وكذلك الشأن فيما ترتب

فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير، ولا يرتب فى ذمته التزاماً. والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير، ويكسبه حقاً.

ونبحث الآن كلا من هاتين المسألتين: (١) التعهد عن الغير. (٢) والاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الأول

التعهد عن الغير(*)

(Promesse de porte - fort)

٣٥٧– النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٣ من القانون الجديد على ما يأتى:

«١– إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده. فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به».

«٢– أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد»[١].

=العقود من حقوق، فلا ينصرف نفعها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم. على أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير، وهذا هو الاستثناء الوحيد الذى يرد على القاعدة». (مجموعة الأعمال التحضيرية).

ويقابل هذا النص فى القانون الجديد النصوص الآتية فى القانون القديم:

«م٢٠٢/١٤١: لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها....»

«م٢٠٣/١٤٢: لا يترتب على المشارطات ضرر لغير عاقديها.....».

(*) **بعض المراجع**: تامبواز (Tamboise) رسالة من ليل سنة ١٩٠٦ – بللومابر (Bellomayre) رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ – سافاتييه (Savatier) فى (Répertoire pratique du notariat) سنة ١٩٢٨ ص٦١ وص١٠٠ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٧٠ وما بعدها – الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٦٣ وما بعدها – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣١١ وما بعدها.

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٢٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه. ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه إذا رفض الغير يلتزم. ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى وعد به، إذا كان فى استطاعته من غير أن يضر بالدائن –٢– أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن ينسحب أثر الإقرار إلى اليوم الذى صدر فيه الوعد». وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص وأصبح رقمه ١٥٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت كلمة «تعهد» ومشتقاتها بكلمة «وعد» ومشتقاتها، لأن التعهد يؤدى معنى الالتزام وهذا ما لا يفيده الوعد، وحذفت عبارة «إذا أمكن ذلك دون إضرار بالدائن» من الفقرة الأولى، وأدخلت =

ولا مقابل لهذا النص فى القانون القديم. إلا أن النص لا يستحدث حكماً جديداً، فقد كان الفقه والقضاء يجريان على مقتضاه قبل صدور القانون الجديد.

٣٥٨- الصور العملية للتعهد عن الغير: والتعهد عن الغير غير نادر الوقوع فى الحياة العملية. ويراد به فى الغالب علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضاء ذى الشأن لسبب، فيلتزم عنه غيره. مثل ذلك شركاء فى الشيوع يتصرفون فى الشئ الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات المحكمة المختصة بالولاية على المال، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطاع انتظاره خوف ضياع الصفقة، أو كانوا يقتسمون الشئ الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويبغون توقى الإجراءات المعقدة للقسمة القضائية. فى مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد عن أنفسهم وملتزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة. كذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة، ولم يتمكن من الحصول على إذن فى ذلك من الموكل، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل.

٣٥٩- مقومات التعهد عن الغير وتمييزه عما يقاربه: ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر المقومات الثلاثة الآتية:

(أولا) أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذى يتعهد عنه. ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير وبين الوكيل والفضولى، فالوكيل يعمل باسم الأصيل، وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه. والفضولى يعمل باسم رب العمل ولمصلحته، فيلزمه بعمله. أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه، وينصرف إليه هو أثر العقد.

(ثانيا) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير(1). ذلك أنه إذا تعاقد باسمه وأراد إلزام الغير بتعاقده، فإن العقد يكون باطلاً لاستحالة المحل، إذ لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفاً فيه. والتزام الغير إنما يأتى لا من تعاقد المتعهد بل من عقد آخر يتم بقبول الغير للتعهد كما سنرى. ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والمشترط لمصلحة الغير. فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقاً مباشراً يكسبه من ذات العقد الذى أبرمه المشترط، وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة

= تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٥٣. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٠٥ - ص٣٠٩).

(1) متى كان الطاعن قد اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على اجازة العقد الخاص باشراكه فى إدارة عمل رسا على ابن الطاعن كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغا معينا بصفة تعويض وكان مقتضى هذا الشرط الجزائى أن يكون على الطاعن الذى أخل بالتزامه - فحق عليه التعويض - عبء اثبات أن ابنه قد خسر فى الصفقة وأنه بذلك يكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم اشراكه فى العمل المذكور.

(جلسة ١٩٥٢/١٠/٣٠ الطعن ٢٢١ لسنة ٢٠ق)

الغير استثناء من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير، ويجعل التعهد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة(١).

(ثالثا) أن يكون الالتزام الذى أخذه المتعهد على نفسه هو القيام بحمل الغير الذى تعهد عنه على قبول هذا التعهد. فالمتعهد إذن يلتزم دائماً بعمل شئ (obligation de faire). أما الغير إذا قبل التعهد. فإنه يلتزم بهذا التعهد وقد يكون محله عمل شئ كأن يقوم ببناء منزل، أو الامتناع عن شئ كأن يمتنع عن منافسة متجر، أو نقل حق عينى كما إذا تعاقد الشركاء فى الشيوع متعهدين عن شريك لهم على بيع الشئ الشائع. والتزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد هو التزام بالوصول إلى غاية (obligation de résultat) وليس التزاماً ببذل عناية (obligation de moyen). فليس يكفى أن يبذل المتعهد ما فى وسعه لحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب أن يصل فعلا إلى هذه الغاية فيقبل الغير التعهد. ولكن إذا قبل الغير التعهد، وقف التزام المتعهد عن هذا، فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد. ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل. فالكفيل يكفل تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد، ولا يكفل إيجاده. أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام فى ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه(٢).

٣٦٠- للغير أن يقبل التعهد أو يرفضه: والغير حر فى قبول التعهد أو رفضه(1). ذلك

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وقد أشير ابتداء إلى الفارق الجوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالتزام الغير (التعهد عن الغير). فالأول يخول الغير حقاً مباشراً، على نقيض الثانى فهو لا يلزم الغير بذاته. فالواعد يلتزم شخصياً، ويكون من واجبه أن يعوض من تعاقد معه عيناً أو نقداً إذا رفض الغير أن يتعاقد. ومؤدى هذا أن الغير لا يلتزم إلا بمقتضى إقراره للوعد، ولا يكون لهذا الإقرار أثر إلا من وقت صدورها ما لم تنصرف النية إلى غير ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٦٩ - ص٢٧٠).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «فإذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر، ونصب نفسه زعيماً بذلك، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا الغير. وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شئ هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذى بذل عنه. ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقه. فليس يكفى عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما فى وسعه للحصول عليه، ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا ارتضى إقراره. وهذا ما يفرق الوعد بالتزام الغير عن الكفالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٠٦)

هذا وقد قضى تقنين الالتزامات السويسرى (م١١١) بأن المتعهد عن الغير لا يكفل إيجاد الالتزام فى ذمة الغير فحسب، بل يكفل أيضاً تنفيذ هذا الالتزام. فالمتعهد عن الغير فى القانون السويسرى يتضمن الكفالة.

(1) من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل فله الخيار بين قبولها أو رفضها، ولم يطلب القانون ممن حصل التعهد على ذمته أن يظهر رغبته فى قبولها فى زمن معين، وكل ما اقتضاه منه فى حالة عدم القبول أن يعلم الرفض، أما القبول فيكفى فيه السكوت.

(جلسة ١٩٣١/١٢/١٧ الطعن ١٨ السنة ١ق)

أن التعهد لم يلزمه بشئ كما قدمنا، فهو أجنبي عن العقد أصلاً (penitus extranei)، فلا ينصرف إليه أثره. وهذا ما يجعل التعهد عن الغير مجرد تطبيق للقواعد العامة كما مر.

ويبقى أن نستعرض الحالتين: (١) قبول الغير للتعهد. (٢) ورفضه إياه.

١ – قبول الغير للتعهد

٣٦١– كيف يكون القبول: يكون القبول صريحاً أو ضمنياً. ومثل القبول الضمني أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد. والقبول تصرف قانوني، فتشترط فيه الأهلية. ولا يشترط فيه شكل خاص إلا إذا اشترط القانون ذلك، كما في الرهن الرسمي والهبة.

٣٦٢– أثر القبول: يعتبر التعهد – وهو عقد بين المتعهد والمتعاقد معه – بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد. فإذا قبل الغير التعهد فقد قبل هذا الإيجاب، وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد. وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذى تم أولاً بين المتعهد والمتعاقد معه.

ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد، ومن حيث الالتزامات التى تنشأ، ومن حيث الوقت الذى يتم فيه كل منهما.

أما من حيث أطراف التعاقد، فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه. والعقد الثانى طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير. فهناك طرف مشترط فى العقدين، هو المتعاقد مع المتعهد. أما الطرف الآخر فمختلف، وهو المتعهد فى العقد الأول والغير فى العقد الثانى.

وأما من حيث الالتزامات، فالعقد الأول ينشئ التزاماً بعمل شئ فى ذمة المتعهد، هو حمل الغير على قبول التعهد. والعقد الثانى ينشئ التزاماً فى جانب الغير قد يكون محله نقل حق عينى أو عملا أو امتناعاً عن عمل. وقد مر بيان ذلك.

وأما من حيث وقت تمام العقد، فالعقد الأول يتم عند تلاقى الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه. والعقد الثانى لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير. فليس للقبول إذن أثر رجعى، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد، كما هو صريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ وقد مر ذكرها. فإذا تعاقد شركاء فى الشيوع متعهدين عن قاصر فيهم، وقبل القاصر بعد بلوغه سن الرشد، فالمفهوم ضمناً أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعى، يستند إلى وقت تعاقد الشركاء. وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعى. فإن هذا الأثر ينتفى بالنسبة إلى أى شخص كسب حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعى. فإذا تعهد (أ) أن (ب) يبيع منقولا يمتلكه إلى (جـ)، ولكن (ب) باع المنقول إلى (د)، ثم قبل التعهد الصادر من (أ)، فإن (ب) يكون قد باع المنقول مرتين متتاليتين، المرة الأولى إلى (د)، والمرة الثانية إلى (جـ). فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر رجعى أضر هذا بالمشترى (د) إذ يتأخر عن المشترى (جـ). لذلك

يكون للقبول أثر رجعى بالنسبة إلى (د) فيتقدم على (جـ). أما إذا كان المبيع عقاراً، فالتفاضل يكون بالأسبقية إلى التسجيل[1].

وإذا كان صدور القبول من الغير يرتب فى ذمته التزاماً على النحو الذى بيناه، فهذا الالتزام قد نشأ من العقد الثانى الذى كان هو طرفاً فيه. ومن ثم لا يكون التعهد عن الغير إلا محض تطبيق القاعدة العامة كما قدمنا، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذى كان أجنبياً عنه، بل التزم بالعقد الثانى الذى كان طرفاً فيه. والتزام الغير بالعقد الثانى يقضى التزام المتعهد بالعقد الأول، إذ أن المتعهد يكون قد نفذ التزامه بحمل الغير على قبول التعهد.

٢ – رفض الغير للتعهد

٣٦٣– عدم مسئولية الغير: قدمنا أن الغير حر فى قبول التعهد أو رفضه. فإذا رفضه كان غير مسئول، لأن التعهد لم يرتب فى جانبه أى التزام[2].

٣٦٤– مسئولية المتعهد: ولكن المتعهد يبقى مسئولا عن العقد الذى تم بينه وبين المتعاقد معه[3]. وهو لا يتخلص من التزامه العقدى إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبى. ولا يعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سبباً أجنبياً[4]. فإذا لم يستطع المتعهد إثبات السبب الأجنبى كان مسئولا. وجزاء هذه المسئولية دفع تعويض للطرف الآخر المتعاقد معه عما أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد. ويقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة.

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذى كان يراد من الغير أن يقبله. ولكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام، إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلاً بشخص الغير. فالتزام المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام هو إذن التزام بدلى. إذ التزامه الأصلى هو

(١) وقد كان الفقه فى القانون القديم يميل إلى أن يجعل للقبول أثراً رجعياً (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص٨٧٠ – ص٨٧١ وبنوع خاص الحاشيتين ١ و٢ فى ص ٨٧١) – هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «ويتحلل الواعد من التزامه بمجرد إقرار الغير للوعد. والواقع أن التزام الواعد ينقضى فى هذه الصورة من طريق الوفاء. ويترتب على الإقرار أن يصبح الغير مديناً مباشرة للعاقد الآخر، لا على أساس الوعد الذى قطعه الواعد، بل بناء على عقد جديد يقوم بذاته من تاريخ هذا الإقرار، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر الإقرار إلى الوقت الذى صدر الوعد فيه. وغنى عن البيان أن الإقرار ينزل منزلة القبول من هذا العقد الجديد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٠٦ – ص٣٠٧).

(٢) استئناف مختلط فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨م ٢١ ص٦٦.

(٣) استئناف مختلط فى٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص١٨٢.

(٤) ولكن يعتبر سبباً أجنبياً (قوة قاهرة) أن يكون الغير قد أصبح فى حالة لا يستطيع معها أن يصدر منه قبول صحيح بعد أن كان يستطيع ذلك وقت التعهد عنه، بأن يكون قد حجر عليه أو مات وكان الالتزام متصلا بشخصه لا تستطيع ورثته أن تقوم به

دفع التعويض، ولكن يستطيع أن يبرئ ذمته من التعويض بأن ينفذ الالتزام المشار إليه (م٢٧٨)(١).

المطلب الثاني
الاشتراط لمصلحة الغير(*)
(Stipulation pour autrui)

٣٦٥- **النصوص القانونية**: نصت المادة ١٥٤ من القانون الجديد على ما يأتي:

«١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية، مادية كانت أو أدبية».

«٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد».

«٣- ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك»(٢).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وإذا امتنع الغير عن إجازة الوعد، فلا تترتب على امتناعه هذا أية مسئولية، ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته. ويكون من واجبه تنفيذ التزامه، إما بتعويض العاقد الآخر الذي صدر الوعد لمصلحته، وإما بالوفاء عيناً بالتعهد الذي ورد الوعد عليه إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالدائن. ويستوي في هذا أن يكون الوعد متعلقاً بالتزام بنقل حق عيني أو بعمل شئ أو بالامتناع عنه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٠٦).

هذا وقد كان الفقه المصري في القانون القديم متردداً في أن يجوز للغير أن يعدل عن التعويض إلى تنفيذ الالتزام عيناً (أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص٨٧٣ هامش رقم ٧). وقد جاء نص القانون الجديد صريحاً في حسم هذا الخلاف، وقضى بجواز ذلك.

(*) **بعض المراجع**: رسالة الأستاذ لامبير باريس سنة ١٨٩٣ – رسالة الأستاذ شامبو (champeau) باريس سنة ١٨٩٣ – رسالة لبرى (Le Bray) باريس سنة ١٨٩٩ – سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ٢٤٥ – فقرة ٢٥٨ – رسالة الدكتور حامد الهيتمي في الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الإنجليزي باريس سنة ١٩٢٥ – مقال للأستاذ لابيه (Labbé) في المجلة العملية (Revue pratique) سنة ١٨٩٩ ص٣١٤ – مقال للأستاذ بنشون (pinchon) في المجلة الانتقادية (revue critique) في المجلد التاسع والعشرين ص٦١٢ – مقال للأستاذ بيكار (Picard) في المجلة الفصلية سنة ١٩٢٢ ص٥.

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٢١٠ من المشروع التمهيدي على وجه لا يختلف عما هو إلا في بعض تعبيرات لفظية. وقد أقرته لجنة المراجعة، بعد تعديلات لفظية، تحت رقم المادة ١٥٨ في المشروع النهائي. وأقره مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة «بتنفيذ الالتزام» بعد لفظ «المتعهد» في الفقرة الثانية لإزالة الشبهة التي قامت حول كلمة «المتعهد» وجواز انصرافها إلى كل من العاقدين، وأدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد. وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٤. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٠٩ – ص٣١٣).

ونصت المادة ١٥٥ على ما يأتي:

«١- يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن في ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد».

«٢- ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك. وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة(١)».

ونصت المادة ١٥٦ على ما يأتي:

«يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة(٢)».

أما القانون القديم فقد اشتمل على نص واحد في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير هو نص المادتين ١٣٧/١٩٨ ويجرى بما يأتي:

«من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه، فله الخيار بين قبولها أو رفضها(٣)».

وبالرغم مما يسود نص القانون القديم من اضطراب وغموض، وما تتميز به نصوص القانون الجديد من جلاء ووضوح، فإن القانون الجديد لم يستحدث شيئاً في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير، ولم يفعل إلا أن قنن في نصوص واضحة ما جرى عليه القضاء

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٢١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق. وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٩ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل في تفسير عبارة «ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد» إن نقض الاشتراط يكون مخالفاً لما يقتضيه العقد إذا كانت العلاقة ما بين المشترط والمنتفع تقوم مثلاً على هبة من الأول للثاني، وتكون هبة لا يجوز الرجوع فيها. وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٥. ووافق على النص مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣١٣ – ص٣١٥).

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٢١٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً، كما يجوز أن يكون شخصاً لم يعين وقت العقد مادام تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره». وأقرت لجنة المراجعة النص، مع استبدال عبارة «متى كان» بعبارة «مادام»، تحت رقم المادة ١٦٠ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة «أو جهة مستقبلة» بعد عبارة «شخصاً مستقبلاً» لأن الاشتراط يجوز أن يكون لمصلحة جهة تنشأ فيما بعد، وعدل النص تعديلاً لفظياً يناسب هذه الإضافة. وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٦. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣١٥ – ص٣١٩).

(٣) أنظر في انتقاد الغموض والاضطراب في هذا النص، وفي الحيرة بين أن يكون نصاً في الفضالة أو في التعهد عن الغير أو في الاشتراط لمصلحة الغير نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٧٨.

والفقه فى ظل القانون القديم(١)(1).

٣٦٦- وضع المسألة: ونبدأ بوضع المسألة على نحو يبين مكان الاشتراط لمصلحة الغير من النظم المدنية. فلو أننا سرنا فى الاشتراط لمصلحة الغير على القواعد العامة كما فعلنا فى التعهد عن الغير، لترتب على ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكون من عقدين: العقد الأول ما بين المشترط والمتعهد، يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع. والعقد الثانى ما بين المتعهد والمنتفع، يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع. ويكون الأساس القانونى واحداً فى الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير: فى كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب فى ذمته التزام، لا بمقتضى العقد الذى لم يكن طرفاً فيه، بل بمقتضى عقد جديد كان أحد طرفيه.

لو كان الأمر هو ذلك فى الاشتراط لمصلحة الغير لما احتاج إلى كبير عناء، ولكنا عالجنا الاشتراط مع التعهد فى مكان واحد لوحدة الأساس القانونى. ولكن الأساس القانونى فى الاشتراط لمصلحة الغير غيره فى التعهد عن الغير. ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتعهد عن الغير، بل هو لا يشتمل إلا على عقد واحد، لم يبن المشترط والمتعهد، والمنتفع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات، أى من عقد لم يكن

---

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما تقول فى هذا الصدد: «... أصبح اليوم الاشتراط لمصلحة الغير قاعدة عامة بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا فى حالات بخصوصها. ولهذه العلة استبدل المشروع بالمادة الغامضة الوحيدة التي تضمنها التقنين الحالي نصوصاً جلية مفصلة حددت في وضوح شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره، فأوجبت أن يكون للمشترط مصلحة شخصية، مادية أو أدبية، في تنفيذ الالتزام المشترط لمصلحة الغير. وأباحت له أن ينقض الاشتراط أو يستبدل بالمنتفع شخصاً آخر، بل وأباحت له أن يستأثر لنفسه ولورثته بمنفعة المشارطة مادام الغير لم يعلن رغبته في الاستفادة منها. ويتلقى المنتفع بمقتضى الاشتراط حقاً مباشراً مصدره العقد ذاته، وفي هذه الناحية تتجلى الفكرة الأساسية فى فقه هذا الوضع بأسره، فإن الغير يكسب حقاً بناء على عقد لم يكن طرفاً فيه. ويجوز للمنتفع أو المشترط أن يطالب بقضاء هذا الحق، لأن لكل منهما مصلحة فى ذلك. وأخيراً نص على جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو شخص غير معين وقت العقد، ويعتبر ذلك قصارى ما وصل إليه تطور هذا النظام» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٢٦٩).

(1) مفاد نص المادتين ١٥٤، ١٥٥ من القانون المدنى، وكما ورد فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى أن الاشتراط لمصلحة الغير أصبح قاعدة عامة، بعد أن كان استثناءا لا يعمل به إلا فى حالات بخصوصها، وهو ينطوى على خروج طبيعى على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع، فيكسب الأخير بذلك حقا مباشرا ولو أنه ليس طرفا فى التعاقد، وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدرا لهذا الحق، ولهذا أوجبت أن يكون للمشترط مصلحة شخصية، مادية أو أدبية فى تنفيذ الالتزام المشترط لمصلحة الغير، وأباحت له أن ينقض الاشتراط مادام الغير لم يعلن رغبته فى الاستفادة منها إلا أن يكون ذلك منافيا لروح التعاقد، فإذا قبل المنتفع الاشتراط أو كان الشرط التزاما على المشترط أصبح حقه لازما أو غير قابل للنقض، وهو حق مباشر مصدره العقد، فيجوز له أن يطالب بتنفيذ الاشتراط.

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٩ الطعن ٦٠٤ لسنة ٤٤ق س٣١ ص٣٤٤)

(جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩ الطعن ٥٣٣ لسنة ٣٤ق س٢٠ ص٦٩٣)

هو طرفاً فيه. فكيف ثار المشرع المصرى، فى القانونين القديم والجديد، هذه الثورة على القواعد التقليدية؟ وأجاز أن ينشئ العقد حقاً للغير؟

الواقع من الأمر أن المشرع المصرى لم يكن مبتدعاً عندما قرر ذلك. فقد سبقه القانون الرومانى فى هذا الطريق، ومن بعده القانون الفرنسى القديم، ومن بعدهما القانون الفرنسى الحديث، ثم إن القاعدة لم تقف عند ما قرره المشرع الفرنسى الحديث، بل تطورت على يد القضاء والفقه تطوراً سريعاً حتى وصلت إلى أن تكون مبدأ عاماً قرره القانون المصرى الجديد فى صراحة ووضوح على النحو الذى رأيناه فى النصوص التى نقلناها عن هذا القانون.

فنحن نبحث: (أولاً) كيف تطورت القاعدة وما وصلت إليه فى تطبيقاتها العملية. (ثانياً) شروط تحققها. (ثالثاً) أحكامها.

١- كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت إليه فى تطبيقاتها العملية

٣٦٧- القانون الرومانى: بدأ القانون الرومانى فى عهوده الأولى أميناً على القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير. ووصل فى ذلك إلى حد أن منع النيابة فى التعاقد. فكما لا يجوز للمتعاقد أن يشترط حقاً للغير إذا تعاقد باسمه الشخصى، كذلك هو لا يستطيع إيجاد حق للغير حتى لو تعاقد باعتباره نائباً عن هذا الغير. ولكن كلا من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية النيابة تطورت فى القانون الرومانى. ويعنينا هنا تطور نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

فإن القيود التى ترجع إلى الصياغة الرومانية ما لبثت أن تصدعت أمام الضرورات العملية. فالمدين الذى يبيع عيناً ويريد أن يشترط على المشترى دفع الثمن لدائنه سداداً للدين، ولاشك فى أن له فى هذا الاشتراط مصلحة مادية. والابن الذى يريد أن يجعل ثمن ما باعه إيراداً مرتباً يدفع لأبيه مادام هذا حياً، لاشك فى أن له فى هذا الاشتراط مصلحة أدبية. وكلتا المصلحتين، المادية والأدبية، جديرة برعاية القانون. فعالج الرومان هذا الأمر على أساس أن جعلوا المشترط لمصلحة الغير يصطنع لنفسه حقاً شخصياً فى العقد، وذلك بأن يضع شرطاً جزائياً (stipulatio poene) يطالب به المتعهد إذا لم يقم هذا بما تعهد به لمصلحة المنتفع. ثم انقلب الشرط الجزائى الصريح إلى شرط جزائى مفروض، فأعطى المشترط دعوى تعويض قبل المتعهد إذا لم يقم هذا بالتزامه لمصلحة المنتفع دون حاجة لوضع شرط جزائى. ويكفى لتبرير دعوى التعويض هذه قيام مصلحة مادية أو أدبية. ولكن لم يكن للمنتفع حق مباشر يكسبه من التعهد، يستطيع أن يطالب به المتعهد.

واستمر القانون الرومانى فى تطوره. فأعطى للمنتفع حقاً مباشراً يكسبه من العقد،

ولكن في صورة دفع (exceptio). ثم أعطاه الحق المباشر في صورة دعوى (actio)، ولكن في حالات استثنائية معدودة دعت إليها الضرورات العملية. وهذه الحالات هي: (١) الهبة إذا اشترط فيها الواهب على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير (donation sub modo). (٢) اشتراط المورث لمصلحة ورثته. (٣) اشتراط المتعاقد حقاً للغير في عقود معينة: عقد المهر يوجب فيه المشترط على المتعهد أن يعطي مهراً للمنتفع، وعقدا الوديعة والعارية يلزم فيهما المودع والمعير حافظ الوديعة والمستعير بأن يردا العين للمنتفع، وعقد رهن الحيازة إذا باع الدائن المرتهن العين لاستيفاء حقه من ثمنها فيشترط على المشتري رد العين إلى الراهن إذا رد هذا إليه الثمن.

٣٦٨– **القانون الفرنسي القديم:** وورث القانون الفرنسي القديم هذه الاستثناءات عن القانون الروماني. وأضاف إليها استثناء جديداً، كان الرومان لا يعطون فيه للمنتفع إلا دفعاً فأعطى دعوى بدل الدفع. وهذه هي حالة اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث.

٣٦٩– **قانون نابليون:** واحتفظ قانون نابليون بالقاعدة الرومانية، إذ قرر في المادة ١١١٩ أنه لا يجوز لمتعاقد أن يشترط باسمه إلا لنفسه. ثم استثنى من هذه القاعدة حالتين أجاز فيهما الاشتراط لمصلحة الغير. وهاتان الحالتان، على ما تقرر المادة ١١٢١ من هذا القانون، هما: (١) إذا وهب المشترط شيئاً للمتعهد، واشترط عليه في مقابل ذلك حقاً لأجنبي عن العقد هو المنتفع. وهذه هي الهبة بشرط (donation sub modo) التي عرفها كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. (٢) إذا صدر من المشترط عقد معاوضة اشترط فيه أولاً حقاً لنفسه، ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير. وهنا نجد شيئاً من التجديد لم نعهده لا في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم. فإن هذين القانونين كانا يستثنيان من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير عقوداً معينة بالذات ذكرناها فيما تقدم. أما المشروع الفرنسي فقد وسع من جهة، وضيق من جهة أخرى. وسع في أنه لم يخص عقوداً دون أخرى بالاستثناء. وضيق في أنه لم يجز للمتعاقد أن يشترط لغيره حقاً إلا إذا كان مقروناً باشتراطه حقاً لنفسه.

٣٧٠– **القضاء والفقه:** على أن تطور القاعدة بقي مستمراً يواجه الحاجات العملية المتجددة، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التي كان لها أكبر الأثر في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير. ففسر الفقه والقضاء في فرنسا كلمة (stipulation) الواردة في المادة ١١٢١، لا بالاشتراط كما هو معناها الدقيق، بل بالتعاقد بوجه عام، سواء كان المتعاقد مشترطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته. فيكفي أن «يتعاقد» المشترط لنفسه ويستطيع بعد ذلك أن يشترط للغير حقاً دون أن يشترط حقاً لنفسه. والمهم توافر شرطين: (١) أن يتعاقد لنفسه مشترطاً حقاً أو مرتباً التزاماً كما قدمنا. فإذا كان لم يشترط شيئاً لنفسه، فيكفي أن يلتزم بشيء عن نفسه. وبذلك يتسع صدر الاستثناء لأن يضم ما استجد من الحاجات. ففي عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير، وفي عقد التأمين الذي يبرم

رب العمل لمصلحة عماله، نرى المتعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً، ولكنه رتب في ذمته التزاماً هو دفع أقساط التأمين. (٢) أن يكون للمتعاقد مصلحة مادية أو أدبية تدفعه إلى الاشتراط لمصلحة الغير. لأن محل التعاقد يشترط أن تكون فيه فائدة شخصية للمتعاقد، والمشترط قد تعاقد على منفعة تؤدي للغير، فيجب أن تكون له في هذه المنفعة مصلحة شخصية، مادية أو أدبية، وإلا بطل التعاقد.

على أن الشرط الأول من هذين الشرطين – وهو أن يكون للمشترط دور شخصي في التعاقد مشترطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته – لم يلبث أن اختفى هو أيضاً[١]، وأصبح يكفي أن يكون للمشترط مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط لمصلحة المنتفع، وليس من الضروري أن يشترط لنفسه أو يلتزم عن نفسه.

بل إن القضاء والفقه وصلا في التطور إلى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين، بل لمصلحة شخص غير موجود. فرب العمل الذي يؤمن من مخاطر العمل لمصلحة عماله إنما يؤمن لمصلحة أي عامل يدخل في خدمته. فالمنتفع هنا بالتأمين أشخاص غير معينين، ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره[٢]. وكثيراً ما يؤمن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيوجد منهم (enfants nés et à naître)، بل قد لا يكون له أولاد ومع ذلك يؤمن لمصلحة ما عسى أن يوجد له من أولاد في المستقبل. فالمنتفع هنا أشخاص غير موجودين وقت إبرام عقد التأمين، ولكنهم لا ينالون حقاً إلا إذا وجدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره. وهذا الوضع يتمشى مع النظرية المادية للالتزام التي لا تشترط وجود الدائن وقت صدور العقد، وتكتفي بوجوده وقت تنفيذ العقد[٣].

٣٧١– **القانون المصري القديم والجديد:** هذا هو التطور الذي وصلت إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، فانقلبت من استثناء محدود إلى قاعدة عامة. وهذا ما عبر عنه القانون القديم في عبارات غامضة مضطربة سبق إيرادها، وما عبر عنه القانون الجديد في

---

(١) و(٢) أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٠٢.

(٣) أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٠١ – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ومع ذلك فلم يكن من الهين إدراك فكرة انصراف منفعة العقد إلى غير عاقديه باعتبارها صورة من صور الأوضاع القانونية مع ما هو ملحوظ من بساطتها. فالتقنين الفرنسي ذاته، وأغلب التقنينات اللاتينية من بعده، قد جعلت منها جميعاً مجرد استثناء لا يطبق إلا في حالتين. ولم يسم هذا الاستثناء إلى مرتبة الأصل، ويبسط نطاقه على سائر الحالات، إلا في خلال القرن التاسع عشر، وعلى وجه الخصوص على أثر ما أصاب عقد التأمين من نمو وذيوع. وقد بلغ التوسع في تطبيق هذا الأصل شأواً بعيداً وانتهى الأمر إلى إباحة الاشتراط إذا كان المنتفع شخصاً مستقبلاً أو شخصاً لم يعين وقت التعاقد مادام تعيينه مستطاعاً عندما ينتج هذا التعاقد أثره كما هو الشأن في التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من ذرية المؤمن. وقد نقل المشروع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير في صورتها التي انتهت إليها في آخر مرحلة من مراحل تطورها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣١٦ – ص٣١٧).

عبارات صريحة واضحة، فقال في المادة ١٥٢ إن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً. ثم طبق القاعدة في المادة ١٥٤، فأجاز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية(1). فلم يستبق من القيود التي كانت تحيط بالقاعدة في خلال تطورها إلا الشرط الأخير، وهو وجود مصلحة شخصية للمشترط، وأجاز في المادة ١٥٦ للمشترط أن يشترط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص غير موجود على النحو الذي رأيناه في النصوص التي أوردناها. فيكون القانون المدني الجديد قد سجل في نصوصه آخر مراحل التطور لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.

٣٧٢- التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير: والقاعدة، في آخر تطور لها على النحو الذي بيناه، لها تطبيقات عملية كثيرة نذكر منها ما يأتي:

١- التطبيقات التقليدية: ومن هذه التطبيقات الهبة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشترى ترتيب إيراد أو حق ما للغير(2). ومنها بيع العين المرهونة

(1) أ- مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدنى أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد لالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفا في العقد وأن المنتفع انما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعا فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصا مستقبلا أو يكون مستطاعا تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره.

(جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٠ ص٦٩٣)

(جلسة ١٩٦٩/٥/٢٧ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٠ ص١١)

(جلسة ١٩٧٦/٤/١٩ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٧ ص٩٨١)

ب- لم يورد المشرع المصرى على خلاف بعض التشريعات نصا خاصا يقرر أن للمصاب حقا مباشرا في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذى أصابه، والذى يسأل عنه قبل المستأمن نوجب الرجوع إلى القواعد العامة لتعرف ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسئولية المستأمن قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها اتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين فإذا كان الحق الذى اشترطه المستأمن انما اشترطه لنفسه، فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير، أما إذا تبين من مشارطة التأمين أن العاقدين قصدا تخويل المصاب الحق المباشر في منافع العقد فان القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق.

(جلسة ١٩٥٥/٥/٥ الطعن رقم ٣١ لسنة ٢٢ق س٤ ص٣١٩.

ملاحظة هذا الحكم عن واقعة سابقة على قانون التأمين الاجبارى على السيارات رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥.

(2) إذا اتفق البائع والمشترى على أن يحتفظ المشترى ببعض الثمن تأميناً وضمانا لدين آخر على البائع فهذا الاتفاق يفيد قانونا اشتراطا لمصلحة الغير وحكمه المادة ١٣٧ مدنى (قديم) ان للمشترط في نقضه ما لم يعلن من حصل الشرط لمصلحته قبوله له ولا يجب في نقض الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص بل هو كما يقع صريحا يصح أن يكون ضمنيا، ولا محل ما لتطبيق المادة ١٣٧ مدنى (قديم) فان هذه المادة مجالها أن يكون حق الدين لا يزال باقيا في ذمة المتعهد له.

مع اشتراط البائع على المشترى أن يدفع أقساط الدين إلى الدائن المرتهن(١)، ويلاحظ في هذه الحالة أن المشترى وقد أصبح ملتزماً بالدين التزاماً شخصياً لا يستطيع تطهير العقار(٢). وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حالة اشترط فيها البائع على الجار ألا يأخذ بالشفعة رعاية لمصلحة المشترى، فكسب المشترى حقاً من هذا العقد الذى لم يكن طرفاً فيه(٣). كذلك قد يشترط صاحب المتجر إذا باع متجره لمصلحة العمال والمستخدمين، فيأخذ على المشترى عهداً أن يبقيهم في العمل أو ألا ينقص من أجورهم. وفي عقود النقل يتم العقد بين شركة النقل ومرسل البضاعة، فيتولد عن هذا العقد حق مباشر للمرسل إليه يستطيع بمقتضاه أن يطالب شركة النقل بتنفيذ شروط العقد، كتسليم البضاعة في حالة جيدة وفي مكان معين(٤).

٢- عقــود التأمـين: عقد التأميـن على الحياة هو خير مثـل للاشتـراط لمصلحـة

=استعمـال الدائن هذا الحق، فإذا ما انقضى بالوفاء فلا يبقى للمدين بعد ذلك أى حق حتى يصح للدائن أن يباشره باسمه.

(١٩٤٢/٦/١١ طعن رقم ٦٨ لسنة ١١ق).

(١) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م١٨ ص١٨٤ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م٣١ ص١٢٧ - وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد أحد المتبادلين في أطيان بأن يدفع بعض المستحق عليه من فرق البدل في نصيب المتبادل الآخر من دين على أطيان أخرى هو شريك له فيها على الشيوع، فهذا التعهد هو من قبيل الاشتراطات لمصلحة الغير، لا يصح فيه للمتبادل الآخر أن يطلب دفع المبلغ إليه، بل له فقط أن يطالب المتعهد بتنفيذ تعهده (نقض مدنى في ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص٣٣٧).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط البائع على المشترى أن يدفع الدين إلى الدائن المرتهن لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الدائن إلا إذا تدخل الدائن في عقد البيع وقبل الاشتراط لمصلحته (٨ يونية سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٦٣). ونرى أنه ليس من الضرورى تدخل الدائن في عقد البيع ذاته، ويكفي أن يصدر منه قبول ولو مستقلا عن البيع، وبهذا تقضي القواعد المقررة في قبول المنتفع. ولكن إذا رفض الدائن قبول الاشتراط، زال حقه الشخصي قبل المشترى. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا المعنى بأنه إذا قبل المشترى أن يدفع الدين المضمون بالرهن على العقار المبيع، فإن هذا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر قبل المشترى، ولكن إذا استمر الدائن المرتهن في إجراءات التنفيذ على العقار المرهون التي كان بدأها قبل البيع، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى شخصية على المشترى لأن هذا لم يقبل الاشتراط لمصلحة الغير إلا على أساس أن الدائن المرتهن لا ينزع ملكية العقار (٤ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١١٤).

(٣) أول أبريل سنة ١٨٩٧ م٩ ص٢٥٥ - ويلاحظ أنه كان من المقرر في القانون القديم أن الشفيع لا يصح نزوله عن حقه في الأخذ بالشفعة إلا بعد قيام هذا الحق ببيع العقار المشفوع فيه. فكان من المستطاع مداورة هذا الحظر عن طريق تصوير الشفيع متعهداً بالامتناع عن عمل هو المطالبة بالشفعة في اشتراط لمصلحة المشترى. أما في القانون الجديد فيجوز أن ينزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م٩٤٨ جديد).

(٤) أنظر في تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على الأوراق التجارية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٩٥.

الغير. والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده إذا مات قبل مدة معينة(1)، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين دون أن يشترط لنفسه شيئاً. وفي الحالتين يوجد اشتراط لمصلحة الغير يكسب المنتفع بمقتضاه حقاً مباشراً من عقد التأمين. وقد يؤمن المستحق في وقف على حياته لمصلحة دائنه، حتى إذا مات وانقطع استحقاقه استطاع الدائن أن يستولي على حقه من مبلغ التأمين. وعلى العكس من ذلك قد يؤمن الدائن على حياة مدينه ضماناً لحقه(١). وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير. فكثيراً ما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله مما يصيبهم من الضرر أثناء العمل، فيكون الغير هنا هم العمال يكسبون حقاً مباشراً قبل شركة التأمين عما يصيبهم من الضرر(٢). ويقرب من هذا أن يتفق رب العمل مع طبيب لعلاج العمال مجاناً، ففي هذه الحالة يكون للعمال حق مباشر قبل الطبيب إذا أهمل علاجهم أو رفض ذلك(٣). وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة، ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير(٤). وقد يؤمن المدين الراهن على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن. وعقد التأمين لحساب من يملك الشئ المؤمن عليه (assurance pour le compte de qui il appartiendra) فيه اشتراط للغير، فقد يكون الشئ منزلاً يؤمن صاحبه من الحريق أو بضاعة يؤمنها من التلف أو الغرق أو نحو ذلك من المخاطر، ويشترط على شركة التأمين أن تدفع التعويض في حالة تحقق الخطر لأي شخص يكون مالكاً في ذلك الوقت للشئ المؤمن عليه.

(١) قارن استئناف مختلط في ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٦٧.

(٢) أما إذا أمن رب العمل على مسئوليته نحو العمال عما يحدث لهم من الضرر أثناء العمل، وبوجه عام إذا أمن شخص على مسئوليته عن الحوادث، كحوادث السيارات وحوادث النقل ونحو ذلك، فإن المؤمن لا يكون مشترطاً لمصلحة الغير بل لمصلحته هو، ولا يكسب من يكون دائناً في هذه المسئولية حقاً مباشراً قبل شركة التأمين، وإن كان يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له قبل شركة التأمين ولكن يتعرض في هذه الحالة لمزاحمة دائني المؤمن له (استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٨٩ – وانظر عكس ذلك استئناف مختلط في ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ جريدة مصر القضائية (L'Egypte Judiciaire) السنة الأولى العدد العاشر ص١٠ – وانظر في رجوع شركة التأمين بما دفعته من تعويض للمؤمن له رجوعاً مباشراً على المسئول عن الحريق في حالة التأمين من الحريق المادة ٧٧١ من القانون المدني الجديد).

(٣) والتون ٢ ص٥٩.

(٤) استئناف مختلط في ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٧١.

(1) إذا كان الحق الذى اشترطه المستأمن في وثيقة التأمين انما اشترطه لنفسه فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى ولو كانت ثمة منفعة تعود منه على الغير، أما إذا تبين من مشارطة التأمين أن العاقدين قصدا تخويل الغير الحق المباشر في منفعة العقد فان القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق.

(جلسة ١٩٨٥/١/١ الطعن ٩٨٨ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٤٧/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ ص٢١٨)

٣– عقود الاحتكار والتزام المرافق العامة: إذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقاً من المرافق العامة، كالاحتكار الذى يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك، فإن مانح الاحتكار – الحكومة أو أحد المجالس المحلية – يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المنتفعين من الجمهور. فيشترط مثلاً حداً معيناً من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه. في مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضي المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التي فرضت لمصلحته(١) (1). وقد أكد هذا المبدأ القانون المدني الجديد في النصوص التي أفردها لعقد التزام المرافق العامة، فنص في المادة ٦٦٩ على أن ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه، وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين (أنظر أيضاً المادتين ٦٧٠ و٦٧١).

٤– عقود المقاولات: وكثيراً ما يفرض رب العمل في عقود المقاولات على المقاول شروطاً لمصلحة العمال، لاسيما إذا كان رب العمل هنا هو الحكومة أو شخص معنوى عام أو إحدى الشركات. ويثبت ذلك في دفتر الشروط (cahier des charges)، فيضع حداً معيناً للأجور لا يجوز أن تنزل عنه، وشروطاً معينة من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات ونحو ذلك. فيصبح للعمال قبل المقاول حق مباشر استمدوه من عقد المقاولة التي لم يكونوا طرفاً فيها، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير(٢).

(١) استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م٧ ص٤٦ – وفي ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص١٦٥ – قارن استئناف مختلط في ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م٢ ص٤١٢.

(1) تعهد الملتزم في عقد امتياز المرافق العامة باستخدام عمال الملتزم السابق بذات الشروط والأجور على أن يعتبر تعيينهم جديدا، هذا التعهد وإن ورد في عقد الالتزام إلا أنه ليس من الشروط التي وضعت لأداء خدمة عامة للجمهور بل هو تعاقد بين جهة الادارة وباسمها وبين الملتزم الجديد لصالح العمال المذكورين ولجهة الادارة في هذا الاشتراط مصلحة أدبية هي استمرار هؤلاء العمال في عملهم واستقرار حقوقهم مع حرص جهة الادارة على عدم تفشي البطالة، وإذا كان المستفيد من الاشتراط لصالح الغير يستفيد حقا شخصيا مباشرا بمقتضى العقد يستطيع أن يطالب المتعهد بوفائه وكانت هذه العلاقة العقدية من علاقات القانون الخاص لقيامها بين المستفيد والمتعهد فان مؤدى ذلك أن جهة القضاء العادى تكون هي المختصة بنظر النزاع بينها.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ الطعن ٢ لسنة ٣٥ تنازع س٢٠ ص٥٢٩)

(جلسة ١٩٥١/٢/٢٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢ ص٣٨٥)

(٢) ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير الاكتتابات العامة، فإذا فتحت جريدة أو مجلة اكتتاباً لعمل خيرى أو عمل عام، أمكن القول إن المكتتب تعاقد مع من نظم الاكتتاب مشترطاً لمصلحة الغير (والتون ٢ ص٥٨ – ص٥٩). وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٨ (المحاماة ١٨ رقم ٤٦٥ ص١٠٦٦) بأن قول الوارث الآخر إن المورث لم يقصد بإيداع أموال لبعض الورثة أن يهبهم إياها، بل أراد إما التحايل على نظام صناديق التوفير الذى لا يجيز لأحد أن يكون =

٢ – شروط تحقيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٣ – متى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير: الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة: المشترط (stipulant)، والمتعهد (promettant)، والمنتفع (bénéficiaire). ولكى يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية:

(١) أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع، دون أن يدخل المنتفع طرفاً فى العقد.

(٢) أن يشترط المشترى على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع.

(٣) أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية، مادية كانت أو أدبية.

وهذا ما أجملته الفقرة الأولى من المادة ١٥٤ من القانون الجديد إذ تقول: «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية، مادية كانت أو أدبية».

٣٧٤ – المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع: وهذا الذى يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة، اتفاقية كانت أو قانونية. فالنائب، وكيلا كان أو ولياً أو وصياً أو قيماً أو فضولياً أو غير ذلك، يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه. أما المشترط فيتعاقد باسمه لا باسم المنتفع، والأصيل لا النائب هو الطرف فى العقد، ورضاء النائب يغنى عن رضائه. أما فى الاشتراط لمصلحة الغير فالمشترط لا المنتفع هو الطرف فى العقد، وقبول المنتفع للاشتراط ضرورى حتى يتأكد فى شخصه حق كسبه من عقد ما لم يكن طرفاً فيه.

ويترتب على ما تقدم أن المشترط يختلف عن الفضولى اختلافاً جوهرياً. فالفضولى نائب عن رب العمل، بخلاف المشترط فلا ينوب عن المنتفع. وقد كان هناك رأى، تبين الآن فساده، يجعل المشترط فضولياً يتعاقد لمصلحة المنتفع، وقبول المنتفع يعتبر إقراراً لعمل الفضولى فينقلب هذا وكيلا، وعن طريق الفضالة والوكالة ينصرف أثر العقد إلى المنتفع. أما فساد هذا الرأى فراجع إلى أن المشترط إنما يتعاقد باسمه كما قدمنا، فى حين أن الفضولى يتعاقد نيابة عن رب العمل. وهذا الفرق بين الوضعين تبنى عليه نتائج عملية هامة، نذكر منها ما يأتى:

=له أكثر من دفتر واحد ولا أن تزيد وديعته على خمسمائة جنيه، وإما الوصية بتلك الأموال لمن أودعت باسمه، قول لا يقبل ما لم يقم عليه دليل مقنع. ومجرد بقاء الدفاتر تحت يد المورث لا يكفى لإثباته، بل الراجح الذى يؤيده العرف الجارى بين الآباء هو أن المورث أراد بالإيداع أن يكون المال من حق من أودع الودائع باسمه فى الحال، وقد يكون له بواسطة بقاء الدفتر عنده الإشراف الفعلى على تصرف هذا الوارث. على أنه حتى إذا كان المورث قد أراد ألا يؤول المال المودع إلى الوارث المذكور إلا بعد وفاته، فإن هذا لا يجعل التصرف وصية مادام الإيداع قد حصل باسم الوارث، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير يرجع حق المنتفع دائماً إلى يوم العقد نفسه ولو كانت المنفعة لا تؤول إليه فعلا إلا بعد وفاة المشترط كما فى حالة التأمين على الحياة.

ويلاحظ أن الحكم فى فرضه الأخير يكيف العقد بأنه وديعة اشترط المودع فيها أن يسلم المودع لديه المال بعد وفاة المودع لشخص بالذات وهبه المودع هذا المال حال حياته.

١ – لما كان المشترط ليس بنائب عن المنتفع، فإن كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير مادامت له مصلحة شخصية فى ذلك، وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة إذ لابد من وجود ضرورة تقضى بذلك كما سنرى عند الكلام فى الفضالة.

٢ – يجب فى الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشترط مصلحة شخصية، لأنه يتعاقد باسمه. أما الفضولى فهو، على النقيض من ذلك، يجب ألا تكون له مصلحة شخصية فى إدارته لشئون رب العمل.

٣ – الفضولى، وهو يعمل لحساب رب العمل، يلتزم بالمضى فيما بدأ به، ولا يجوز له الرجوع فيه. أما المشترط، وهو يعمل لحسابه، لا يلتزم بالمضى فى عمله، بل هو، على النقيض من ذلك، يجوز له الرجوع فى الاشتراط للمنتفع وإضافة الحق لنفسه أو لشخص آخر غير المنتفع.

٣٧٥ – المشترط يشترط حقا مباشراً للمنتفع: فإذا كان الحق الذى اشترطه المشترط إنما اشترطه لنفسه، ولكن تعود منه فائدة على الغير، فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير. مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسئوليته عما ينجم من الضرر للغير، فلا يعد هذا اشتراطا لمصلحة الغير، لأن المؤمن له إنما إراد أن يشترط لنفسه هو لا للمصاب، وإن كان التعويض الذى يأخذه وإن زاحمه فى ذلك سائر دائنى المؤمن له. وعلى ذلك لا يكون للمصاب حق مباشر من عقد التأمين، فلا يرجع على شركة التأمين إلا بدعوى مدينه.

ولا يكفى إعطاء حق للمنتفع، بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد. فإذا كان المشترط قد اشترط هذا الحق الذى نشأ من العقد لنفسه أولا، ثم حوله بعد ذلك أو انتقل عنه إلى شخص آخر، لم يكن فى هذا اشتراط لمصلحة الغير. ويترتب على ذلك أنه لو باع شخص منزلا، ثم حول الثمن إلى دائن له، كان هناك عقدان: عقد البيع بين البائع والمشترى، وعقد الحوالة بين هذا البائع وهو المحيل ودائنه وهو المحال له. ولو أمن شخص لمصلحة نفسه، ثم مات وانتقل حق التعويض إلى ورثته، فإن هؤلاء يتلقون الحق عن مورثهم بالميراث، ولا يكسبون حقاً مباشراً من عقد التأمين ذاته. وليس فى كل ذلك اشتراط لمصلحة الغير. كذلك لا يقصد المشترط أن يلتزم المتعهد قبل المنتفع بعقد جديد يتم بينهما، ولا أن يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله هذا فيتم عقد جديد بينه وبين المنتفع. ويتبين مما تقدم أن الحق المباشر الذى يكسبه المنتفع لا يتلقاه عن المشترط عن طريق الحوالة أو عن طريق الميراث أو عن طريق عقد جديد، ولا يتلقاه عن المتعهد عن طريق عقد جديد، وإنما يتلقاه مباشرة من العقد ذاته الذى تم بين المشترط والمتعهد.

ولا يشترط فى المنتفع أن يكون موجوداً وقت صدور هذا العقد، أو أن يكون معيناً فى ذلك الوقت، بل يجوز، كما رأينا فى الأمثلة التى قدمناها، وكما تقرر المادة ١٥٦ التى

أسلفنا ذكرها، أن يكون شخصاً مستقبلاً أو شخصاً غير معين وقت عقد الاشتراط، متى وجد أو كان مستطاع التعيين وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة. وهذه هي ميزة كبيرة، تطور الاشتراط لمصلحة الغير حتى وصل إليها كما رأينا.

٣٧٦– المشترط له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير: ذلك أن المشترط إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه، فلابد أن تكون له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير، وإلا كان فضولياً. والمصلحة الشخصية هي الفرق الجوهري ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير كما قدمنا.

ولا يشترط أن تكون المصلحة مادية، بل يجوز أن تكون أدبية. فيصح التأمين لمصلحة الزوجة والأولاد، والاشتراط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو اللقطاء أو لأي عمل آخر من أعمال البر.

ولكن يكفي أن يكون للمشترط مصلحة شخصية، مادية أو أدبية، وليس من الضروري أن يكون له دور شخصي في العقد. وقد رأينا في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أن للمشترط أن يشترط لمصلحة المنتفع دون أن يكون له دور شخصي في هذا الاشتراط، لامشترطاً لنفسه ولا متعهداً عنها. مثل ذلك أم تتعاقد مع والد ابنها على أن يتعهد الأب بترتيب إيراد للابن دون أن تلتزم الأم بشئ قبل الأب. ففي هذا الفرض نرى الأم قد اشترطت حقاً لصالح ابنها، دون أن تشترط لنفسها حقاً أو ترتب في ذمتها التزاماً، وليست الأم تقوم هنا بعمل الفضولي لأن لها مصلحة شخصية في الاشتراط، وهي مصلحة أدبية، فهي مدفوعة بعامل الأمومة لا بعامل المروءة. ومثل ذلك أيضاً أن تمنح الإدارة المحلية احتكاراً لإحدى الشركات، ثم تعود فتشترط عليها في عقد مستقل شروطاً لمصلحة الجمهور، وتقبل الشركة هذه الشروط دون مقابل، فيتحقق في هذا الفرض اشتراط لمصلحة الغير دون أن يكون للمشترط دور شخصي.

٣– أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٧– العلاقات المختلفة في الاشتراط لمصلحة الغير: قدمنا أن هناك أشخاصاً ثلاثة في الاشتراط لمصلحة الغير: المشترط والمتعهد والمنتفع. وعلينا أن نبحث علاقاتهم بعضهم ببعض. فنتكلم في مسائل ثلاث: (أولاً) علاقة المشترط بالمتعهد. (ثانياً) علاقة المشترط بالمنتفع. (ثالثاً) علاقة المتعهد بالمنتفع.

٣٧٨– علاقة المشترط بالمتعهد: هذه يحددها العقد الذي تم فيما بينهما. ففي عقد التأمين مثلا يلتزم المشترط بأن يدفع للمتعهد (شركة التأمين) أقساط التأمين في مواعيدها، وتلتزم شركة التأمين في حالة ما إذا كان المشترط قد اشترط لنفسه إلى جانب اشتراطه للغير بأن تقوم بما عليها من التزام نحو المشترط فتدفع له مثلا المبلغ المتفق عليه إذا بقي حياً إلى المدة المتفق عليها. ولكل من المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع الجائز التمسك بها بالنسبة إلى هذا العقد الذي تم بينهما من أوجه البطلان أو أسباب انقضاء.

وإذا لم يقم أحد المتعاقدين بما عليه من التزامات قبل الآخر وجب تطبيق القواعد العامة. فيجوز للمتعاقد الذي لم يحصل على حقه أن يطلب التنفيذ عيناً إذا كان هذا ممكناً، أو أن يطلب تعويضاً عن عدم التنفيذ. وله أيضاً أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه.

ولما كان للمشترط مصلحة شخصية في التزام المتعهد نحو المنتفع كما قدمنا، فإن للمشترط أن يراقب تنفيذ المتعهد لهذا الالتزام لأنه ليس أجنبياً عنه. وعلى هذه المصلحة الشخصية بنينا قيام الاشتراط لمصلحة الغير، وعليها الآن نبني حق المشترط في مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع. فللمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام للمنتفع، وأن يرفع دعوى باسمه لا باسم المنتفع للمطالبة بذلك، وهي دعوى قوامها المصلحة الشخصية الثابتة للمشترط. بل قد تنصرف نية المشترط إلى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، دون أن يكون للمنتفع نفسه دعوى للمطالبة بهذا التنفيذ، كما إذا اشترطت الحكومة على إحدى شركات الاحتكار شروطاً لمصلحة الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها، دون أفراد الجمهور، بالحق في مطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط. وعلى العكس من ذلك يجوز أن يتبين من العقد أن المنتفع وحده دون المشترط هو الذي تجوز له المطالبة بتنفيذ المتعهد لالتزامه نحوه، كما إذا اشترط رب العمل على مصحة أن تنزل من يشاء من عماله لقضاء دور النقاهة فيها على أن يترك ذلك لاختيار العامل. وإلى هذا تشير الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ إذ تقول: «ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك».

كذلك للمشترط، إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقاً للقواعد العامة. ويلاحظ أن المشترط إذا فسخ العقد بعد صدور قبول المنتفع، سواء كان ذلك لعدم تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع أو لالتزامه نحو المشترط، فإن الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه، فيرجع هذا به على المشترط إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه(١).

٣٧٩– علاقة المشترط بالمنتفع: قد تكون هذه العلاقة علاقة تبرع، وقد تكون علاقة معاوضة.

فإذا كان المشترط أراد التبرع للمنتفع، لم يحل دون ذلك عدم استيفاء الهبة للشكل، لأن الهبة هنا غير مباشرة. وسنرى أن للمشترط نقض الاشتراط، سواء كان تبرعاً أو معاوضة، مادام المنتفع لم يصدر منه إقرار لما اشترط لمصلحته. أما إذا كان الاشتراط تبرعاً للمنتفع، جاز للمشترط، حتى بعد أن يقر المنتفع بهذا الاشتراط، أن ينقض حق المنتفع طبقاً لقواعد الرجوع في الهبة(٢). ذلك أن العلاقة التبرعية فيما بين المشترط والمنتفع، إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة من حيث الشكل، فهي تخضع لها من حيث الموضوع. فيجب توافر أهلية التبرع في المشترط، وتعتبر الهبة قد صدرت من وقت صدور العقد، فإذا

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف ص٩٠٨ هامش رقم ١.
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين الذي =

صدرت من المشترط وهو فى مرض موته أخذت حكم الوصية. ويجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ولا يشترط أن يكون المنتفع سيئ النية لأنه موهوب له. ويلاحظ أن المقدار الموهوب بالنسبة إلى المشترط ليس هو مقدار ما التزم به المتعهد نحو المنتفع، بل هو مقدار ما دفعه المشترط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنتفع. فلو أن شخصاً أمن على حياته لمصلحة أولاده تبرعاً منه لهم، فإن مقدار ما تبرع به لا يكون المبلغ الذى تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت المؤمن له، بل هو مقدار الأقساط التى دفعها المؤمن له لشركة التأمين حال حياته بشرط ألا تزيد على مبلغ التأمين. أما إذا أعطى شخص آخر شيئاً قيمته ألف، واشترط عليه التزاماً لمصلحة الغير قيمته خمسمائة، فإن المقدار الذى وهبه المشترط للمنتفع هو خمسمائة لا ألف(1).

أما إذا كان المشترط لم يرد التبرع، فالعلاقة بينه وبين المنتفع يحددها موقف الأول من الثانى بحسب الأحوال. فقد يكون المشترط مديناً للمنتفع، واشترط له وفاء لدينه. وقد يكون أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط لمصلحته، ويكون القرض تبرعاً إذا كان بغير فوائد ومعاوضة إذا كان بفوائد. ومثل القرض الوديعة، فإذا تسلم المنتفع العين من المتعهد أصبح بالنسبة إلى المشترط حافظاً لوديعته وطبقت أحكام الوديعة فيما بينهما، وهكذا.

٣٨٠- علاقة المتعهد بالمنتفع – حق مباشر مصدره عقد الاشتراط: وعلاقة المتعهد بالمنتفع هى أخص ما فى الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد. ذلك أن المنتفع – ولم يكن طرفاً فى العقد الذى التزم به المتعهد – يكسب من هذا العقد حقاً شخصياً مباشراً (droit propre) يستطيع أن يطالب به المتعهد. وهكذا يتحقق ما فى الاشتراط لمصلحة الغير من خروج على القاعدة العتيقة التى كانت تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير. وهذا هو ما تصرح به الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدنى الجديد فى هذا الصدد: «ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل

= تعاقد عليه مع شركة تأمين، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق لا يرتب حقاً للمستحق قبل المشترط أو ورثته من بعده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لامتناع المشترط عن دفع أقساطه، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشترط. وليس هو حوالة من المشترط للمستحق تفيد بذاتها مديونية المشترط له بمقابل قيمتها (نقض مدنى فى [illegible] يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٥ ص٢٩٦).

(1) ومتى تحددت قيمة التبرع على النحو المتقدم، فهذه هى القيمة التى تعتبر عند تطبيق الأحكام الموضوعية للهبة فى العلاقة ما بين المشترط والمنتفع. فلو طعن دائن المشترط بالدعوى البوليصية فى عقد التأمين الصادر من مدينه وتوافرت شروطها، فإن الدائن لا ينفذ بحقه إلا بمقدار أقساط التأمين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت ٧ رقم ١٣٦ ص٤٨ – أنظر أيضاً فى حق الورثة فى الرجوع بأقساط التأمين على المنتفع باعتبارها وصية لا تنفذ فى حقهم (استئناف مختلط ١٨ [illegible] سنة ١٩١٧ م٢٩ ص١٦٣). وإذا أراد المؤمن له الرجوع فى الهبة فإنه يرجع على المنتفع بمقدار الأقساط التى دفعها لشركة التأمين، وهذا بخلاف ما إذا كان المشترط قد نقض حق المنتفع فإنه [illegible] الحق فى مبلغ التأمين لا فى الأقساط وحدها.

المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك». فالعقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد هو إذن مصدر الحق المباشر الذى ثبت للغير، وهذا العقد هو الذى أنشأ هذا الحق(أ). وإذا قيل كيف ينشئ العقد حقاً للغير؟ قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير. ثم ما الذى يمنع من ذلك؟ ولماذا لا ينشئ العقد حقاً للغير مادام هذا الغير يرضى بأن يكون هذا الحق له؟ ليس فى المنطق القانونى ما يجعل هذا متعذراً، وإنما هى القاعدة الرومانية العتيقة التى كانت تحول دون التسليم بهذا المبدأ. وقد قضت، نزولا عند اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان، بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين. ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها. وليس ثمة ما يمنع من التسليم بأن العقد قد ينشئ حقاً للغير. وهذا ما صرح به القانون المدنى الجديد(1).

ما كنا لنسهب فى تقرير ذلك مع وضوحه، لولا أن الفقهاء يعقدون عادة بحثاً تقليدياً يتساءلون فيه أين مصدر الحق الذى ثبت للمنتفع؟ لعله يكون فى عقد جديد تم

(أ) المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير يكسب حقا مباشرا من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد تعيين المنتفع يكون بشخصه أو بوصفه شخصا مستقبلا أو من الممكن تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره.

(جلسة ١٩٩٥/٤/٣٠ الطعن رقم ١٣٨٩ لسنة ٥٦ق السنة ٤٦ ص٧٤٩)

(جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص٦٩٣)

(1) رأينا المادة ١٥٢ من هذا القانون تصرح بأن العقد لا يرتب التزاماً فى ذمة الغير «ولكن يجوز أن يكسبه حقاً».

والذى نقرره هنا من أن عقد الاشتراط هو الذى أنشأ حق المنتفع ما سبق أن قررناه فى كتابنا «نظرية العقد» ص٩١١، وقرره بعد ذلك الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فى عبارات لا تخرج عن هذا المعنى، إذ يقول: «ما الذى يحول فى القواعد العامة دون اجتماع إرادة شخصين على أن ينشأ لثالث حق مباشر قبل أحدهما؟ اللهم لا حائل دون ذلك، لا من القواعد التى تنتهى إليها من تحليل الإرادة ولا من قواعد النظام العام». (أصول الالتزامات ص٣٥٤ – ص٣٥٥). ويبدو أن الدكتور حلمى بهجت بدوى لم يتنبه للرأى الذى قلنا به، فهو عندما عرض للنظريات التقليدية فى هذا الموضوع حشرنا بين فقهائنا (أنظر أصول الالتامات فقرة ٢٤٥ ص٣٥٢ هامش رقم ١)، ومضى بعد ذلك يقرر ما سبق لنا أن قررناه.

ونحن لم نقتصر على إدخال قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى حظيرة القواعد العامة، بل نبهنا إلى أن قاعدة التعهد عن الغير هى الأخرى فى حاجة إلى إمعان فى النظر. ولم نر ما يمنع فى المنطق القانونى من أن تقوم قاعدة التعهد عن الغير على غرار قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، تلزم الغير بعقد التعهد ذاته لا بعقد جديد. وفسرنا قصور قاعدة التعهد عن الغير فى الوصول إلى هذه المرحلة من التطور بأن الضرورات العملية لم تقتض بعد، كما اقتضت فى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، جواز أن يلتزم الغير من عقد لم يشترك فيه، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانونى دون ذلك.

وهذا ما سبق لنا أن قلناه فى هذا الصدد: «ويمكن القول بوجه عام إن القانون الحديث، بعد تدرج فى التطور، أصبح يعترف بأن المتعاقدين بإرادتهما أن يشترطا حقا للغير. ولكنه وقف عند ذلك، فلم يعترف حتى اليوم بأن المتعاقدين يستطيعان بإرادتهما كذلك أن ينشئا التزاما فى ذمة الغير. ولم يجر هذا التطور إلا تحت ضغط الضرورات العملية، فهى التى اقتضت جواز أن يستفيد الغير حقا من عقد لم يكن طرفا فيه، ولعلها لم تقتض بعد جواز أن يلتزم الغير من عقد لم يشترط فيه، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانونى دون ذلك». (نظرية العقد ص٨٦٣ – ص٨٦٤). =

بين المشترط والمنتفع، أو بين المتعهد والمنتفع. أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشترط على أساس أنه فضولى يعمل لمصلحة المنتفع. أو لعله يكون هو حق المشترط كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمنتفع. ولكل نظرية من هذه النظريات أنصار يدافعون عنها. على أنه من اليسير تفنيدها جميعاً. فقد قدمنا أن الاشتراط لمصلحة الغير ليس معناه أن المتعهد أو المشترط يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله أو يرفضه كما تذهب إلى ذلك نظرية الإيجاب المعروض (théorie de l'offre)، لأن حق المنتفع إنما ينشأ من العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد لا من عقد جديد بين المنتفع والمتعهد أو بين المنتفع والمشترط. وليس معناه أن المشترط يقوم بعمل من أعمال الفضالة للمنتفع (théorie de la gestion d'affaire)، لأن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة هو وجود المصلحة الشخصية فى الحالة الأولى وانعدامها فى الحالة الثانية، وليس معناه أن المشترط يكسب الحق لنفسه أو لا ثم يحوله بعد ذلك للمنتفع (théorie de la cession)، لأن المنتفع لا يتلقى الحق عن المشترط ولا يعتبر خلفاً له فيه، بل هو حق كسبه مباشرة من عقد الاشتراط. سبق أن فندنا كل هذا. ونفند الآن كذلك نظرية أخرى لجأ إليها بعض الفقهاء[1] أخيراً يذهبون فيها إلى أن حق المنتفع مصدره إرادة المتعهد المنفردة (théorie de la volonté unilatérale)، ولو كان هذا صحيحاً لما أمكن أن يتمسك المتعهد قبل المنتفع بالدفوع الواردة على عقد الاشتراط، ولكان للمتعهد وحده لا للمشترط حق النقض إلى أن يصدر إقرار المنتفع.

= ثم قلنا فى الحاشية: «والواقع من الأمر أن القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير عتيقة بالية، ورثناها عن القانون الرومانى، ونحن نستبقيها الآن أسماً لا فعلاً، وإلا فنحن نخرج عليها كلما اقتضى تقدم المعاملات ذلك وكثيراً ما يقتضيه... وليس فى المنطق القانونى ما يمنع من أن شخصين يتفقان على إنشاء حق لشخص ثالث أو توليد التزام فى ذمته. وليس هذا معناه أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو المدين بالالتزام ولو لم يرض ذلك، فقبوله ضرورى فى الحالتين حتى لا يكون دائناً أو مديناً بالرغم من إرادته، ولكنه إذا قبل يعتبر الحق الذى كسبه أو الالتزام الذى تعلق فى ذمته قد نشأ من نفس العقد الذى لم يكن طرفاً فيه... ولا فرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير فى ذلك. ولا يجوز أن يقال إن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقاً أما التعهد عن الغير فيولد التزاماً، وأنه إذا صح أن الغير يكسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه، فلا يصح أن يتعلق فى ذمته التزام من عقد لم يصدر منه قبول به. ذلك لأن قبول الغير ضرورى فى الحالتين كما قدمنا. ففى الاشتراط لمصلحة الغير لابد من قبول المنتفع كما سنرى. كذلك فى التعهد عن الغير لابد من اشتراط قبول الغير، فإذا صدر هذا القبول فما الذى يمنع، من حيث المنطق القانونى، من اعتبار الالتزام الذى نشأ فى ذمة الغير، وقد قبله التزاما فى ذمته، متولداً من العقد الذى لم يكن طرفاً فيه، كما هو الأمر فى الاشتراط لمصلحة الغير؟» (نظرية العقد ص٨٦٤ هامش رقم ١ و٢ ـ أنظر أيضاً ص٨٧١ هامش رقم ٢) – هذا ولم يرض القانون المدنى الجديد أن يسبق الزمن، فأبقى قاعدة التعهد عن الغير عند مرحلتها القاصرة، وسجل لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطورها الأخير. وقال فى المادة ١٥٢: «لا يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً».

(١) أنظر ورمز (worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ ص١١٤ – بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٠ – كولان وكابيتان ٢ ص٣٢٨ – جوسران ٢ فقرة ٣٠٤.

والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التى كانت تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير، ثم إذا وصلوا إلى المكان الذى يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع نسوا ما قرروه من قبل، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التى سبق لهم أن أنكروها! فلا يجرؤ فقيه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة! أما نحن فلا نتردد فى أن نقرر أن حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط، وليس للحق مصدر غير هذا العقد[1]. ونقرر كذلك أن هذا الحق مباشر، لم يتلقه المنتفع من المشترط. ولكل من هاتين الخاصتين – حق مباشر، وحق مصدره عقد الاشتراط – نتائج عملية هامة تترتب عليها.

٣٨١– علاقة المتعهد بالمنتفع (تتمة) – ما يترتب من النتائج على أن حق المنتفع حق مباشر مصدره عقد الاشتراط: أما النتائج التى تترتب على أن حق المنتفع حق مباشر لا يتلقاه من المشترط فهى ما يأتى:

(١) لا شأن لدائنى المشترط بهذا الحق بعد موته، بل يخلص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشترط. ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مثقلاً بديون التركة. وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عقد التأمين على الحياة. فإذا تعاقد المؤمن له مشترطاً لمصلحة أولاده ثم مات، فإن الأولاد لا يتلقون الحق فى تركة أبيهم، بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين. ويترتب على ذلك أن دائنى المؤمن له ليس لهم أن يعتبروا حق الأولاد داخلا فى تركة مدينهم حتى يرجعوا عليه كما يرجعون على جميع حقوق التركة، بل تأخذ الأولاد مبلغ التأمين من الشركة خالصاً لهم، ولا يدفعون منه شيئاً لسداد ديون أبيهم، وهذه هى أهم مزية للتأمين. وقد استقر الفقه والقضاء على هذا المبدأ فى فرنسا وفى مصر[2].

(٢) كذلك لا شأن لدائنى المشترط بهذا الحق حال حياته، فإن الحق لم يدخل يوماً ما فى مال المشترط حتى يكون داخلا فى ضمانهم العام. وينبنى على أنه لا يجوز للدائنين التنفيذ على هذا الحق، وليس لهم أن يستعملوه باسم مدينهم لأنه ليس حقاً لهذا المدين.

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول: «ينطوى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقى على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم. فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع، فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ولو أنه ليس طرفا فى التعاقد، وبهذه المثابة يكون التعاقد ذاته مصدراً لهذا الحق. ولهذا التصوير على بساطته ووضوحه فضل الكشف عن وجه هذا النظام وإبراز مشخصاته من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة، وهو فضلا عن ذلك يقيل من عناء استظهار سائر وجوه التفسير والتخريج التى جهد الفقه التقليدى فى التماسها وتفصيل جزئياتها» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣١٦).

(٢) هيك ٨ فقرة ٥١– بودرى وبارد ١ فقرة ٢٠٤– بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦٢ – ديموج ٧ فقرة ٨١٣ مكررة – والتون ٢ ص٦١ – ص٦٢ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨١٦ – الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٤٤ – الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٢٨ – نقض فرنسى فى ٢٢ يونية سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢–١–١٧٧– وفى ٩ مارس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ –١– ٣٩١ – وفى ٢٩ يونية سنة ١٨٩٦ سيريه رقم ٩٦–١–٣٦١ – محكمة المنيا الكلية =

(٣) وإذا كان لدائني المشترط أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصية عند توافر شروطها، فالواجب مع ذلك ألا نعتبر المنتفع في مركز من تلقى الحق عمن تصرف له المدين. ولتوضيح ذلك نفرض أن (أ) أعطى (ب) منزلا قيمته ألف، واشترط عليه أن يعطى (جـ) مبلغاً مقدار خمسمائة . وأراد دائن (أ) أن يطعن بالدعوى البوليصية في هذا العقد. في هذه الحالة يجب التمييز بين تصرفين: (التصرف الأول) هو الصادر من (أ) إلى (ب)، وهو معاوضة بالنسبة إلى (ب)، فيشترط التواطؤ بين (أ) و(ب) لنجاح الدعوى البوليصية، دون أن يشترط تواطؤ (جـ) لأنه تلقى حقاً مباشراً ولم يخلف (ب) في حق انتقل إليه من (أ). وإذا ثبت التواطؤ بين (أ) و(ب) اعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن، وكان لهذا أن ينفذ بحقه على المنزل، ويرجع (ب) على (أ) بما أعطاه إلى (جـ) أو يفسخ العقد فيزول التزامه نحو (جـ). (والتصرف الثاني) هو الصادر من (أ) إلى (جـ) عن طريق الاشتراط، فإذا كانت العلاقة بين (أ) و(جـ) هي علاقة تبرع، فإن دائن (أ) يستطيع بالدعوى البوليصية أن يجعل هذه الهبة ومقدارها خمسمائة غير نافذة في حقه حتى لو كان (جـ) حسن النية. أما إذا كانت العلاقة بين (أ) و(جـ) هي علاقة معاوضة، فليس للدائن حق الطعن إلا إذا أثبت التواطؤ فيما بينهما.

(٤) ولما كان المنتفع لا يتلقى حقه من المشترط بل يكسبه مباشرة من عقد الاشتراط، فيصبح دائناً للمتعهد، فإنه يترتب على ذلك أن دائني المتعهد، وقد أصبح المنتفع واحداً منهم، يشتركون مع المنتفع شركة غرماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم في التمسك قبل المنتفع بأى دفع من الدفوع الواردة على عقد الاشتراط، ولهم أن يطعنوا في التزام مدينهم نحو المنتفع بالدعوى البوليصية لأن هذه الدعوى تجوز في القانون الجديد في عمل يزيد به المدين من التزاماته (م٢٣٧ جديد)(١).

أما النتائج التي تترتب على أن حق المنتفع المباشر مصدره العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد فهي ما يأتي:

=في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٣٢ ص٤٦٠ – محكمة طنطا الكلية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٨٣ ص١٤٠ – استئناف مختلط في ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١١١ – وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م١٤ ص٢٧ – وفي ٧ أبريل سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٢٤٩ – وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص١٦٣ – وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص ١٦٧ – قارن استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣٤٨ – وفي ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٤٣.

(١) ومما يترتب أيضاً من النتائج على أن المتعهد أصبح مديناً للمنتفع لا للمشترط أن المتعهد لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين حق له على المشترط والتزامه نحو المنتفع (استئناف مختلط في ٩ يونية سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٥٣٦). ويترتب أيضاً على ذلك أن المتعهد لا يستطيع عند رجوع المنتفع عليه أن يطلب تجريد المشترط (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م٢٧ ص٧١).

(١) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط، فهو يوجد منذ صدور هذا العقد(١). لا من وقت إعلان المنتفع لرغبته في الاستفادة من الاشتراط ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته في الفترة ما بين صدور العقد وصدور رغبة المنتفع، فلا يكون هذا مانعاً للمنتفع من أن يعلن عن رغبته. ويترتب على ذلك أيضاً أن المنتفع إذا رفض الاشتراط، جاز الطعن في رفضه بالدعوى البوليصية، لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصا من حقوقه (م٢٣٧ جديد).

(٢) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط، فإن المتعهد يستطيع أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفوع الجائزة في هذا العقد، فله أن يطعن فيه بأى وجه من وجوه البطلان، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ(٢). وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدنى الجديد إذ تقول: «ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد»(٣).

(٣) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط الذى تم بين المشترط والمتعهد، فلهذين المتعاقدين أن يكيفا هذا الحق طبقاً لما يتم عليه الاتفاق بينهما. ويترتب على ذلك أنه يجوز للمشترط أن يتفق مع المتعهد على أن يكون للمشترط وحده دون المنتفع حق المطالبة بتنفيذ التزام المتعهد نحو المنتفع، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك(٤). ويترتب على ذلك أيضاً أنه يجوز للمتعاقدين – المشترط والمتعهد – أن يجعلا حق المنتفع غير قابل للنقض أو قابلا للنقض بعد الاتفاق مع المتعهد على ذلك. وهذا الشرط الأخير مفهوم ضمناً إذا ثبت أن للمتعهد مصلحة في الاشتراط، فلا يجوز للمشترط في هذه الحالة أن يستقل بنقض حق المنتفع، كما إذا تعهد أحد المتقايضين بأن يدفع المستحق عليه من

---

(١) استئناف مختلط في ١٨ يناير سنة ١٩١٧م ٢٩ ص١٦٣.

(٢) أنظر في الفرق ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة في الوفاء نظرية العقد للمؤلف ص٩١٦ هامش رقم ١.

(٣) وإذا كان العقد ما بين المشترط والمتعهد عقداً صورياً، جاز في نظرنا للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد. ذلك أن المنتفع لا يعتبر «غيرا» في هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر، فهو قد استمد حقه من هذا العقد، وشرط الغير في الصورية ألا يكون حقه الذى تراد حمايته من الصورية مستمداً من العقد الصورى ذاته. وقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة، وسنعود إليها ببيان أوفى عند الكلام في الصورية.

(٤) أنظر آنفا فقرة ٣٧٨ – وقد ضربنا مثلا لذلك أن تتعاقد الحكومة مع شركة احتكار مشترطة عليها شروطاً في مصلحة الجمهور، ولكنها تحتفظ لنفسها ، دون أفراد الجمهور، بحق إلزام الشركة بتنفيذ هذه الشروط (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط في ٣ يونية سنة ١٨٩٦ م٨ ص٣١٣ – وفي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٢٨٣ – والتون ٢ ص٥٧ – ص٥٨).

فرق البدل فى نصيب المتقايض الآخر من دين على أطيان هو شريك له فيها على الشيوع(1).

٣٨٢– علاقة المتعهد بالمنتفع (تتمة) – جواز نقض حق المنتفع: وحق المنتفع المباشر الذى يكسبه من عقد الاشتراط قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٥٥ من القانون المدنى الجديد إذ تقول: «يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد».

والذى يثبت له حق النقض هو المشترط ، إلا إذا نزل عن هذا الحق. وقد يكون حق النقض مخالفاً لما يقتضيه العقد فلا يقوم، كما إذا كان حق المنتفع هبة من المشترط لا يجوز فيها الرجوع(2). وقد يشترط المتعهد أن المشترط لا يستعمل حق النقض إلا بموافقته إذا كانت له مصلحة فى تنفيذ الالتزام للمنتفع، وقد سبق بيان ذلك. بل قد يشترط المتعهد أن يكون له هو أيضاً حق النقض بشرط أن يحل محل المنتفع المشترط أو منتفعاً آخر حتى لا يتحلل من التزامه بمحض إرادته(3). وحق النقض حق شخصى يرجع لاعتبارات خاصة بالمشترط أو بمن يملك هذا الحق معه، لذلك لا يجوز للدائنين استعماله باسم المدين، ولا ينتقل إلى الورثة. فإذا مات المشترط دون أن ينقض الحق، فليس للورثة حق النقض ولو لم يصدر إقرار المنتفع، وإلا لاندفعت الورثة بعامل مصلحتهم إلى نقض حق لم ينقضه مورثهم.

ويوجه المشترط النقض إلى المنتفع أو إلى المتعهد، ولكن يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقض حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع(4). وليس للنقض شكل مخصوص، وكما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمنياً(5).

---

(1) نقض مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص٣٣٧ – أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٦٧.

(2) أنظر مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، وقد ذكر هذا المثل أمامها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣١٥).

(3) استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م٢٧ ص٧١– وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص٣٨. أنظر أيضاً بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٥٨.

(4) استئناف مختلط فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢١٧.

(5) ومن قبيل النقض الجزئى أن يرهن المؤمن له بوليصة التأمين لدائنه، فلا يعود مبلغ التأمين المنتفعين إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه (استئناف مختلط فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ [illegible] ص١٦٢).
وقضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق البائع والمشترى على أن يحتفظ المشترى ببعض الثمن وضمانا لدين آخر على البائع، فهذا الاتفاق يعتبر قانوناً اشتراطاً لمصلحة الغير، وحكمه أن للمشترط الحق فى نقضه ما لم يعلن من حصل الشرط لمصلحته قبوله له. ولا يجب فى نقض الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص، بل هو كما يقع صريحا يصح أن يكون ضمنياً. ولا محل هنا لتط

وإذا نقض المشترط حق المنتفع ولم يعين منتفعاً آخر ولم يبرئ ذمة المتعهد فإن الحق ينصرف إليه هو، ويعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض، وقد ثبت له بموجب العقد ولم ينتقل إليه من المنتفع، ولذلك ينقلب الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادى لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين. ويجوز للمشترط عند النقض أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الأول، ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك ولا يتلقاه من المنتفع الأول. وإلى هذا تشير الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ إذ تقول: «ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك، وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة». وإذا نقض المشترط حق المنتفع وأضافه إلى نفسه، فإنه يجوز له أن يعدل عن ذلك ويعين منتفعاً آخر، سواء كان هو المنتفع الأول أو غيره، ويعتبر حق أى من هؤلاء ثابتاً من وقت العقد دائماً، يعود العقد كما كان اشتراطاً لمصلحة الغير(1).

٣٨٣– علاقة المتعهد بالمنتفع (خاتمة) – وجوب إقرار المنتفع لحقه: ولا ينقطع حق النقض إلا إذا صدر إقرار المنتفع(2). فإقرار المنتفع إذن هو تثبيت لحقه، وليس قبولا لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشترط كما بينا. ولابد من صدور إقرار من المنتفع كى لا يثبت له حق بدون رضاه. فإذا صدر الإقرار تثبت الحق، واعتبر موجوداً من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما أسلفنا الإشارة.

=المادة ١٤١ من القانون المدنى (القديم) لتمكين دائن البائع من استعمال حق مدينه والرجوع على المشترى، فإن هذه المادة مجالها أن يكون حق المدين (هنا البائع) لا يزال باقياً فى ذمة المتعهد (هنا المشترى) عند استعمال الدائن هذا الحق، فإذا ما انقضى بالوفاء فلا يبقى للمدين بعد ذلك أى حق يصح للدائن أن يباشره باسمه (نقض مدنى فى ١١ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧١ ص٤٧٣). ونلاحظ هنا أن دائن المشترط لا يجوز له أن يستعمل حق النقض باسم مدينه لما قدمناه من أن هذا الحق شخصى للمشترط، وقد ورد نص القانون الجديد صريحاً فى ذلك كما رأينا. فإذا امتنع على دائن البائع أن يستعمل حق النقض باسم مدينه، فإن هذا يرجع إلى شخصية حق النقض، لا إلى أن الثمن لم يعد باقياً فى ذمة المشترى كما ذهبت المحكمة.

(1) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وللمشترى أن ينقض المشارطة قبل إقرار المنتفع لها إلا أن يكون ذلك منافياً لروح التعاقد. وله عند نقض المشارطة أن يعين منتفعاً آخر أو أن يستأثر لنفسه بمنفعتها، ما لم تكن نية المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمناً إلى أن الإلغاء يترتب عليه أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط. ولما كان نقض المشارطة أمراً يرجع إلى تقدير المشترط ذاته، فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته. وإذا رفض المنتفع المشارطة نهائياً فيكون للمشترط عين الحقوق التى تقدمت الإشارة إليها فى الفرض السابق، والظاهر أنه يجوز له فوق ذلك أن يطلب فسخ العقد باعتبار أن المتعهد يستحيل عليه تنفيذ التزامه قبل المنتفع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣١٧).

(2) وإذا صدر نقض من المشترط وإقرار من المنتفع قبل أن يعلم أحدهما بما فعل الآخر، فالعبرة ليست بتاريخ صدور النقض والإقرار، بل بتاريخ إعلانهما إلى المتعهد، فمن أعلن المتعهد أولا هو الذى يسرى تصرفه، ويعتبر حق المنتفع منقوضاً إذا سبق المشترط إلى إعلان النقض للمتعهد، أو يعتبر قد ثبت غير قابل للنقض إذا سبق المنتفع إلى اعلان إقراره للمتعهد (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦١).

ويستطيع المنتفع أن يصدر إقراره في أى وقت شاء مادام المشترط لم ينقض الحق[1]. ولا يسقط حقه في إصدار الإقرار إلا بالتقادم. والذى يسقط بالتقادم هنا هو حق المنتفع الذى لم يتثبت بالإقرار ولم يستعمل في خلال مدة التقادم.

والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمنياً، ولا يشترط له شكل مخصوص حتى لو تلقى المنتفع الحق تبرعاً، فإن المتبرع هنا ليس هبة مباشرة تستلزم الشكل، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ويعلن المنتفع إقراره للمتعهد أو للمشترط، ولكن لابد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسرى في حقه. والإقرار كالنقض تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة.

فإذا صدر الإقرار وصار الحق غير قابل للنقض، كان المدين بهذا الحق هو المتعهد أو ورثته. فإذا استحال التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض. ولكن لا يجوز للمنتفع أن يطلب فسخ العقد، لأنه ليس طرفاً فيه. والذى يجوز له المطالبة بالفسخ هو المشترط كما قدمنا[2].

وقد يرفض المنتفع. صراحة أو ضمناً، الحق الذى اشترط لمصلحته. وفى هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض. والرفض، كالنقض والإقرار، تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة. ويجوز لدائنى المنتفع الطعن فيه بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها كما قدمنا. وغنى عن البيان أن المشترط يجوز له، عند رفض المنتفع، أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الذى رفض، ويثبت حق هذا المنتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيينه.

(1) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٨٤ – وفى ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٢٢١ – وقضت محكمة النقض بأن المادة ١٣٧ من القانون المدنى (القديم) نصت على أن من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها ورفضها، ولم يطلب القانون ممن حصل العقد على ذمته أن يظهر رغبته فى قبولها فى زمن معين، وكل ما اقتضاه منه فى حالة عدم القبول أن يعلن الرفض، أما القبول فيكفى فيه السكوت (نقض مدنى فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص٣٠).

هذا ويجوز لكل من المشترط والمتعهد أن يحدد أجلا معقولا للمنتفع يختار فيه بين الإقرار والرفض، فإذا انقضى الأجل عد رافضاً. وللقاضى الرقابة على ما إذا كان الأجل معقولاً (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣١٧).

(2) وإلى هذا كله تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول: «وإذا صح عزم المنتفع على قبول الاشتراط، فيجوز له أن يعلن المتعهد أو المشترط بإقراره، ويراعى أن هذا الإقرار تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة. ولا يشترط له استيفاء شكل ما، ولم يحدد المشرع أجلا معيناً لصدوره. ولكن يجوز انذار المنتفع بالإفصاح عما يعتزم فى فترة معقولة. ويصبح حق المنتفع لازماً أى غير قابل للنقض بمجرد إعلان الإقرار. وهو حق مباشر مصدره العقد، ويترتب على ذلك نتيجتان: الأولى أنه يجوز للمنتفع أن يطالب بتنفيذ الاشتراط ما لم يتفق على خلاف ذلك. ولما كان للمشترط مصلحة شخصية فى هذا التنفيذ، وهو يفترق عن الفضولى من هذا الوجه، فيجوز له أيضاً أن يتولى المطالبة بتنفيذه إذا قضى العقد بغير ذلك. والثانية أنه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تتفرع من العقد» (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص٣١٧).

الفرع الثانى

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع

٣٨٤– نسبية العقد من حيث الموضوع: العقد نسبى أيضاً فى أثر قوته الملزمة من حيث موضوع التعاقد. والملتزم بالعقد مسئول عن ذلك، وهذه المسئولية هى التى نسميها بالمسئولية العقدية، وهى الجزاء الذى يكفل قوة العقد الملزمة.

فنحن نبحث إذن أمرين: (أولا) تحديد موضوع التعاقد (ثانياً) المسئولية العقدية.

المبحث الأول

تحديد موضوع التعاقد

٣٨٥– كيف يكون تحديد موضوع التعاقد: لا يلتزم المتعاقد إلا بما ورد فى العقد. وقد يرى القاضى العقد فى حاجة إلى التفسير. فإذا فسره وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه، ليعين مدى ما أنشأ من الالتزامات. ثم وجب على الملتزم أن يقوم بالتزامه كما تحدد فى العقد دون نقص أو زيادة، لأن العقد شريعة المتعاقدين.

فنحن نتكلم إذن فى مسائل ثلاث: (١) تفسير العقد. (٢) تحديد نطاق العقد. (٣) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين.

المطلب الأول

تفسير العقد(*)

(Interprétation du contrat)

٣٨٦– النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٠ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«١– إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين».

(*) بعض المراجع: ديريه (Dereux) فى تفسير التصرفات القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ – جونو (Gounot) رسالة من ديجون سنة ١٩١٢ – جنى (Gény) فى طرق التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ – سالى (Saleille s) فى الالتزامات فى القانون الألمانى – وفى إعلان الإرادة – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٧٣ – فقرة ٣٧٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٤٤٩ – فقرة ٤٥٩ – الدكتور الشيتى فى تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد رسالة تقدم بها معهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ – حامد فهمى (باشا) والدكتور محمد حامد فهمى بك فى النقض فى المواد المدنية والتجارية – والتون ١ ص٣٦٢ – ص٣٩٤ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٦ وما بعدها – الدكتور حلمى بهجت بك فقرة ١٨٥ وما بعدها – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٤٦ وما بعدها.

«٢– أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات[1]».

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتى:

«١– يفسر الشك فى مصلحة المدين».

«٢– ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن[2]».

ويقابل هذه النصوص، النصوص الآتية فى القانون المدنى القديم:

م١٣٨/١٩٩ : «يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها مع ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى».

م١٣٩/٢٠٠ : «وهكذا يكون التفسير فى الشروط المعلن عليها إبقاء المشارطة أو تأييدها».

م١٤٠/٢٠١ : «فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد».

ولم يستحدث القانون الجديد فى تفسير العقد قواعد لم تكن فى القانون القديم، ولم يعد أن قنن القضاء المصرى فيما جاوز النصوص القديمة.فأورد الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ملزمة بعدم الانحراف عن عبارة العقد إذا كانت واضحة،وقضاء محكمة النقض جرى على هذا المبدأ كما سنرى. وأورد الفقرة الثانية من المادة ١٥١ فى تفسير عقود الإذعان. وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ كما رأينا عند الكلام فى عقود الإذعان.

ولكن القانون الجديد، مع ذلك ، أبرز فى وضوح أن التفسير يتجه إلى الإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهه إلى الإرادة الباطنة، بأن أوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل والعرف الجارى، وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هى المصدر الذى تستخلص منه الإرادة الباطنة.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق، فيما عدا بعض خلافات لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة «وبالغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصداه» فقد تضمنها نص المشروع التمهيدى. وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة اكتفاء بعبارة «فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين»، وأجريت بعض تعديلات لفظية، فأصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب وكذلك وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٥٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٩٥ – ص٢٩٨).

(٢) أنظر تاريخ النص آنفا فقرة ١١٨.

٣٨٧– البحث فى تفسير العقد يأتى بعد البحث فى انعقاد العقد وفى صحته: ويلاحظ بادئ الأمر أن البحث فى تفسير العقد إنما يأتى بعد البحث فى انعقاد العقد والبحث فى صحته. إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحا، حتى يكون قابلاً للتنفيذ[1].

ونطاق البحث فى انعقاد العقد وصحته غير نطاق البحث فى تفسير العقد لتحديد آثاره. ففى انعقاد العقد وصحته يدور البحث حول الإرادة التى يؤخذ بها هل هى الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة. فإذا كانت هى الإرادة الباطنة فهل اتفقت أو انحرفت عن الإرادة الظاهرة لنتعرف هل هى صحيحة أو معيبة، وهل تطابقت الإرادتان تطابقاً تاماً حتى تخلص منهما إرادة مشتركة للمتعاقدين. أما فى تفسير العقد لتحديد آثاره، فنحن بعد أن نكون قد استخلصنا الإرادة المشتركة للمتعاقدين، نقف عند هذه الإرادة الظاهرة لتفسير معانيها، ما وضح منها وما غمض، مقترضين أن هناك تطابقاً بينها وبين الإرادة الباطنة حتى يقوم الدليل على العكس. وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلى.

٣٨٨– القانون والواقع فى تفسير العقد: ويعنينا أن نبين منذ الآن ما يعتبر فى تفسير العقد قانوناً يخضع لرقابة محكمة النقض، وما يعتبر واقعاً لا يخضع لرقابتها.

ويمكن حصر مسائل القانون فى تفسير العقد فى المسائل الثلاث الآتية:

(أولا) هناك قواعد نص عليها القانون فى تفسير العقد. وهذه القواعد يلتزم القاضى باتباعها تحت رقابة محكمة النقض، فإذا خرج عليها نقض حكمه لمخالفته للقانون. ويستخلص من نصوص القانون الجديد المتقدم ذكرها أن قواعد التفسير الملزمة قانوناً ثلاث:

(١) ما نص عليه القانون (م١٥٠ فقرة ١) من أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة فيه مخالفة للقانون. وسنعرض فيما يلى لهذه القاعدة تفصيلا، ونبين إلى أى حد تنبسط رقابة محكمة النقض فى ذلك.

(٢) ما نص عليه القانون (م١٥٠ فقرة ٢) من أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن النيـة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ.

(١) ويلاحظ الدكتور الشيتى فى رسالته «تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد» (ص٤٥ – ص٤٦) أن نظرية التفسير ضرورية للبحث فى انعقاد العقد وفى صحته وفى تحديد آثاره، إذ يتوقف على تفسير التعبير عن الإرادة لكل من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتان متطابقتين، وهذا هو انعقاد العقد، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة الباطنة، وهذه هى صحة العقد، وما هو مدى هاتين الإرادتين المتطابقتين الصحيحتين، وهذا هو تفسير العقد لتحديد آثاره. ويستخلص الدكتور الشيتى من ذلك الأهمية البالغة التى لنظرية التفسير، ويعتبر أنها هى المحك الذى يميز ما بين النظم القانونية المختلفة.

العبرة بالإرادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هذه الإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين[1] على النحو الذى سنفصله فيما يلي. وهذه قاعدة قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عليها عند تفسير العقد. فالقاضي الذى يقرر في حكمه أن المتعاقدين أرادا شيئاً معيناً، وكان هذا الشئ جائزاً قانوناً، ثم يصرح بعد ذلك بأنه لا يقضي بما أراد المتعاقدان بل بما تقضي به العدالة، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه[2]. أما ما ذكره النص بعد ذلك من الاستهداء في تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى في المعاملات، فهذه قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضي. وهو حر في ألا يتبعها إذا رأى أن اتباعها لا يجدى ولا يؤدى به إلى تعرف نية المتعاقدين. وهو رذا جهر بذلك لا ينقض حكمه.

(٣) ما نص عليه القانون (م١٥١) من أن الشك يفسر في مصلحة المدين، مع استثناء عقود الإذعان ففيها لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن. فهذه هي أيضاً قاعدة قانونية ملزمة في تفسير العقد. إذا خالفها القاضي نقض حكمه. وسنرى فيما يلي مدى تطبيق القاعدة، ومتى يمكن القول بأن هناك شكاً في إرادة المتعاقدين. ولكن نلاحظ منذ الآن أن تحديد معنى الشك ومتى يمكن القول بأن الشك موجود هو أيضاً من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض.

(ثانياً) إذا التزم القاضي في تفسير إرادة المتعاقدين القواعد القانونية الملزمة التي تقدم ذكرها، فهو يكشف عن هذه الإرادة وله سلطة التقدير في الكشف عنها، وهذه سلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض كما سنرى. ولكنه يتقيد قانوناً - ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض - بقاعدة جوهرية بسطتها محكمة النقض في كثير من أحكامها. ذلك أن قاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذى ثبت عنده، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلا لا وهما، غير مناقضة للثابت في الدعوى، وتؤدى عقلا لاستخلاص الواقعة التي تثبت عند القاضي. فإذا أثبت القاضي مصدراً للواقعة وهمياً لا وجود له، أو موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو، كان حكمه مخالفاً

(١) استئناف وطني في ١١ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص٣٤٥ - استئناف مختلط في ١١ يونية سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٧٠ - وفي ١٥ يونية سنة ١٩١١ م٢٣ ص٣٧٣ - وفي ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٢٠٤ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ م٣٤ ص١٤ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص١٢ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٥٣.

(٢) استئناف مختلط في ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٢١ - نقض فرنسي في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ -١-١٥٩- وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ -١-١٣٨.

للقواعد القانونية في الإثبات ووجب نقضه[1].

(ثالثاً) متى كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين، ملتزماً في ذلك القواعد القانونية التي تقدم ذكرها، كيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية. وهو خاضع في التكييف وما رتبه عليه من آثار رقابة محكمة النقض، لأنه يطبق القانون على الواقع، وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية[2].

(١) نقض مدني في أول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص٣٢٨ - أنظر أيضاً ما قررته محكمة النقض من أنه إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى من دلائلها المقدمة له تقديماً صحيحاً، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض، إلا أنه متى أثبت لهذا الفهم دليلاً وهمياً لا وجود له، أو كان موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص هذا الفهم منه، فإن حكمه يقع إذن تحت رقابة محكمة النقض لمخالفته لقواعد الإثبات القانونية. فإذا انتحل الحكم للحادث الضار سبباً تقصيريا لا يمكن استخلاصه فعلا من عناصر التحقيق التي كانت أمام المحكمة تعين نقضه (نقض مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ - ص٦٣٠).

(٢) تالامون (Talamon) في رقابة محكمة النقض على تفسير العقود وتطبيقها رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - مارتى (Marty) في التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة النقض رسالة من تولوز سنة ١٩٢٩ - حامد فهمي باشا والدكتور محمد حامد فهمي بك في النقض في المواد المدنية والتجارية فقرة ٢٩٩ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن من حقها أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانوني لما تثبته في حكمها من الوقائع، وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكييف قد جاء موافقاً للقانون أم مخالفاً له. فإذا أدعى بائع قطعة من الأرض إلى زوجته بعقد مسجل بثمن معين أقر بقبضه أن هذا البيع هو في الحقيقة وصية، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشترية تبيح له فيه الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته وتصرح فيه بأنه في حالة وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه، وتمسكت هي في دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة يتنازل لها فيه عن ريع الأرض المبيعة، واعتبرت المحكمة هذا التنازل مكيفاً للعقد المتعلق بالملكية الوارد في إقرار المشترية ومتمما لعقد البيع بجميع أركانه زعماً بأنها بعد هذا التنازل تكون قد نقلت ملكية الرقبة والمنفعة معاً إلى المشترية، فهذا الاعتبار لا يمكن حسابه تفسيراً لعقد البيع ولا لإقرار المشترية أو تنازل البائع، وإنما هو وصف وتكييف للعقد، أغفلت المحكمة فيه عنصراً هاما هو ما نص عليه في إقرار المشترية من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هي قبله، ويكون لمحكمة النقض أن تصحح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذى لا خلاف على ثبوته ولا على دلالته، فتعتبره وصية لا بيعاً صحيحاً (نقض مدني في ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٨ ص١٩٢) - والمتعاقدان قد يخطئان في تكييف العقد جهلا أو عمداً، والتعمد يكون عادة لإخفاء غرض غير مشروع، كربا فاحش يستتر تحت اسم إيجار أو بيع (استئناف وطني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٥)، وكرهن حيازة يستتر تحت اسم بيع وفاء في القانون المدني القديم، وكشركة محاصة هي في الواقع قرض (استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٠٦)، وكبيع هو في الواقع تأمين لدين على البائع للمشترى (زقازيق استئنافي في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٣ ص٣٠)، وقد يوصف الصلح بأنه وكالة =

=(استئناف وطنى فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٥٢ – أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ٢ يناير سنة ١٩١٩ م٣١ ص٩٣ – وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣٦٤ – وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٢٩٤).

وكثيراً ما تستتر الوصية تحت اسم آخر، كالبيع، فعلى محكمة الموضوع أن تتبين إرادة المتصرف، وأن تكيف هذه الإرادة التكييف القانونى الصحيح خاضعة فى ذلك لرقابة محكمة النقض (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص٩٢٨ هامش رقم ١ وفيه إشارة لأحكام كثيرة لمحكمة استئناف مصر تكيف التصرف تارة بأنه وصية وطوراً بأنه بيع – ويضاف إلى هذه الأحكام ما يأتى: استئناف مصر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣ ص٤٨ – وفى ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص٣٠١ – وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٥ ص١١٢ – وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٩ ص١١٧٨ – وفى ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ١٥٩ ص١١٨١ – وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٩ ص٧٣٧ – وفى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٦٢ ص٢٧٣ – وفى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٣٢ ص١٤٢٤.

وتخضع محكمة النقض هذه التصرفات لرقابتها تارة عن استظهار نية المتصرف وهى مسألة موضوعية، ولكن محكمة النقض تشترط فى استظهار النية كما رأينا أن تكون الوقائع التى استخلصت منها هذه النية قائمة على مصادر موجودة غير متناقضة ومؤدية إلى النتيجة التى قررتها فى حكمها (نقض مدنى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص٢٢٧)، ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة كاستمرار وضع يد البائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته وكفقر المشترى وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى فى العقد وكعدم تسجيل العقد وكاستمرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرية أو العوائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته (استئناف مصر فى ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٩ ص٦٦٤) – وطوراً عن طريق إخضاع التكييف القانونى للتصرف لرقابتها، وقد رأينا فى الحكم السابق ذكره الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٣٣ أنها كيفت التصرف وصية لا بيعاً، وفى حكم آخر كيفته هبة لا وصية، فقضت بأنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أدنى إلى نية المتعاقدين، مستعينة فى ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها، إلا أنه إذا أدى هذا التفسير إلى إعطاء العقد وصفاً قانونياً خاطئاً، فإن حكمها فى ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض التى يجب عليها فى هذه الحالة تصحيح ما وقع من الخطأ، فإذا صدر عقد من شخص إلى حفيده ببيع قطعة من الأرض له، نص فيه على أن البائع باع تلك الأطيان لحفيده بيعاً قطعياً لا رجوع فيه ونزل له عنها فى مقابل ثمن قدره كذا قبضه من المشترى، وأنه سلم الأطيان للمشترى لكى يضع يده عليها ويزرعها ويبيع محصولاتها الخاصة بنفسه إلى غير ذلك، وسجل هذا العقد تسجيلاً تاماً، واستمر البائع واضعاً يده على الأطيان، ثم تنازع مع المشترى على ملكيتها، ودفع لدى القضاء بأن هذا العقد وصية وأنه سبق أن أخذ ورقة ضد من المشترى مقتضاها أن تبقى الأطيان تحت يده هو يستغلها لحين وفاته ولكن هذه الورقة ضاعت منه، إذا حصل ذلك وحكمت محكمة الموضوع اعتبار هذا العقد وصية بناء على ما بان لها من الظروف التى لابست تحرير العقد وحالة البائع وظرف المشترى ومركزه بالنسبة للبائع وبقاء العين تحت يد صاحبها، كان حكمها خاطئاً فى تطبيق القانون ووجب على محكمة النقض تصحيحه باعتبار هذا العقد عقد تبرع منجز أى هبة مستترة فى صورة بيع، فهى هبة صحيحة (نقض مدنى فى ٢ يونية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٣ ص١١٨).

وقد كان تكييف التصرف على أنه وصية أو هبة أو بيع فى القانون المدنى القديم أمراً محيراً (أنظر ما جاء فى ذلك من الضوابط نظرية العقد للمؤلف ص٩٢٨ فى آخر الحاشية رقم ١ وتجد الأحكام

=مشارا إليها فى أسفل ص٩٣٢ – ص٩٣٣). وتضمن القانون الجديد نصاً فى هذه المسألة هو المادة ٩١٧ وتقضى بأنه «إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك». ويبرر مسلك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة، مما يؤدى فى الغالب إلى تقييد التصرف، أن باعث القضاء على التساهل فى تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم. فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيصاء لوارث، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً فى القانون ليصحح وصايا لها ما يبررها فى ظروف الأسرة تحت ستار أنها بيوع أو هبات منجزة. أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية، فأجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث، فلم يعد هناك مقتض لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة، فلا محل إذن للوصية المستترة.

وقد كانت محكمة النقض، قبل القانون المدنى الجديد، تجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين لا بحقه فى الانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية – قبل أن تصبح فى القانون الجديد قرينة قانونية – لا سيما إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشترى فى الرقبة طول حياة البائع: أنظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص٤٤٥ – وفى ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر رقم ٣٦ ص٦٩ – وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص٦١٢ – وفى ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٤٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر – ومع ذلك أنظر: نقض مدنى فى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص٥٤٧ – وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص٥٧٤ (إقرار ألغى شروط المنع من التصرف) – وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص١٥٣ – وفى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص١٧١ – وفى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٩ ص٧١٠ – وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص٧٨١ – وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٧٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر – كذلك قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل العقد قرينة على أنه وصية (نقض مدنى فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص١١ – وفى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص٤٤٥ – وفى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص١٠٧ – وفى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٣ ص٢٣١ – وفى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص١٧٤ – وفى ٢ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٨٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر. ومع ذلك أنظر: نقض مدنى فى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١٣ ص٧٦٤ – وانظر فى أن تنازل البائع عن ورقة الضد يدل على تنجيز العقد: نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٦ سنة ١٨ قضائية، وفى أن تسليم البائع العقد للمشترى وتخليه من الحيازة له قبل الوفاة (حتى لو ثبت أن العقد لم يسجل وأن ثمناً لم يدفع) يدل على التنجيز وعلى تخلى المورث عن فكرة الرجوع فى التصرف: نقض مدنى فى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص٥٦٤ – وفى ١٦ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٥١ سنة ١٩ قضائية لم ينشر، وفى أن التصرف يعتبر وصية إذا كان البائع قد أصدر عقد البيع منفرداً ولم يقبض ثمناً ولم يسلم العقد للمشترين بل احتفظ به طوال حياته: نقض مدنى فى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر، وانظر فى الهبة بعوض وهى سافرة: نقض مدنى فى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص١٧٨،=

الثابتة أمامه فى الدعوى، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (1)(1).

=وفى الهبات المستترة فى صورة سندات: نقض مدنى فى ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٢ ص٢١٠ – وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص٤٧ – وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص١٥٢ – وفى ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص٤٣٧.

ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التى أقامها القانون الجديد – وهى احتفاظ المورث بالحيازة وبحقه فى الانتفاع مدى حياته – هى الشئ الثابت فى هذه المسألة. وهى قرينة قابلة لإثبات العكس، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن فى هذا المعنى، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشترى قاصر وأن البائع باشر الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التى تعارض قرينة أن التصرف وصية.

والذى يعنينا أن نقرره هنا هو أن لمحكمة النقض رقابة تامة على التكييف القانونى للعقد. وقد قضت بأن تمليك كلا من الزوجين الآخر ماله بعد وفاته هو تبادل منفعة معلق على الخطر والضرر، ولا غرض منه سوى حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فى الميراث، وهو من قبيل الرقبى المحرمة شرعا (نقض مدنى فى ١٤ يونية ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص٤٩٩ – وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام فى التركة المستقبلة فقرة ٢١٧). وقضت أيضاً بأن العقد الذى يزيد فيه ما يدفع من الثمن نقداً عما يدفع منه عينا هو بيع لا مقايضة، فتكييف محكمة الموضوع العقد على هذا النحو لا غبار عليه (نقض مدنى فى ٣٠ مايو ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٧ ص٨١٤).

(أ) لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير العقود وتقرير ما ترى أنه كان مقصود المتعاقدين مستعينة بظروف الدعوى وملابساتها.

(جلسة ١٩٥٣/٣/١٩ الطعن ٢٩٨ لسنة ٢٠ق)

(جلسة ١٩٩٧/٢/١٩ الطعن ١٣٨٨ لسنة ٥٨ق السنة ٤٨ ص٢٩٠)

(١) وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ فى أحكام كثيرة. من ذلك ما قضت به من أن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدين قصدا به أن يكون البيع تاما منجزاً بشرط جزائى، ولم يقصدا أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدنى فى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص١٦٣). وقضت كذلك بأن تفسير العقود هو من شؤون محكمة الموضوع، فلها أن تقرر معناها على أى وجه تراه مفهوماً من صيغتها وتعتبره متفقا مع قصد المتعاقدين، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك ما دامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى تأخذ به (نقض مدنى فى ٢ فبراير ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٥ ص١٧١). وقضت أيضاً بأن استظهار نية المتصرف مسألة موضوعية لا مدخل فيها لمحكمة النقض مادامت الوقائع التى سردتها المحكمة فى حكمها والظروف التى بسطتها فيه تؤدى إلى النتيجة القانونية التى قررتها (نقض مدنى فى ٢٥ مايو ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص٢٢٧). وقضت بأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديماً صحيحاً، وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر، وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها، واستخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه فى ذلك ولو أخطأ فى نفس الأمر، لأن خطأه يكون فى فهم الواقع فى الدعوى لا فى فهم حكم القانون فى هذا الواقع، ومحكمة النقض لا تنظر إلا فى مسائل القانون. ولا يستثنى من هذه القاعدة=

٣٨٩- حالات التفسير الثلاث: رأينا أن القانون المدنى الجديد نظر إلى حالات ثلاث فى تفسير العقد، ووضع لكل حالة قاعدة قانونية ملزمة. فإذا كانت عبارة العقد واضحة لم يجز الانحراف عن المعنى الظاهر. أما إذا كانت غير واضحة فيجب تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين. فإذا قام شك فى تبين هذه الإرادة فسر الشك لمصلحة الملتزم فى غير عقود الإذعان.

ونبحث الآن بالتفصيل كلا م هذه الحالات الثلاث.

١ – عبارة العقد واضحة

٣٩٠- القاعدة التى تتبع فى التفسير: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تقضى بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. وهذا النص ليس إلا تقنيناً لقضاء محكمة النقض عندنا. فإن هذه

=إلا صورة واحدة هى أن يثبت القاضى مصدراً للواقعة التى يستخلصها يكون وهميا لا وجود له، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو (نقض مدنى أول مارس ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص٣٢٨). وقضت أنه بحسب قاضى الموضوع أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وأن يذكر دليلها، وما عليه أن يتتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالا على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه فى مرافعتهم، مادام قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فى التعليل الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات (نقض مدنى فى ٣١مايو ١٩٣٤ مجموعة عمرا رقم ١٨٩ ص٤١٤).

أنظر أيضاً فى هذا المعنى أحكاماً كثيرة نذكر منها: نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص١٤٢ – وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمرا رقم ١١٩ص٢٠٥ – وفى ٢١ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمرا رقم ١٥٥ ص٢٩١ – وفى ٢٢ فبراير سنة١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٧ ص٣٢٧ – وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ ص٥٢٠ – وفى ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ ص٦٤٦ – وفى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٣ ص٢٤٠ – وفى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ ص٥١ – وفى ٢١ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٦ ص١٤٠– وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٢ ص١٧٧ – وفى ٦ يونية سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٦ ص٢٣١ – وفى ٢٤أكتوبر سنة ١٩٤٠مجموعة عمر٣ رقم ٧٢ ص٢٥٩ – وفى ٢يناير سنة١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص٢٩٤ – وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٠ ص٣٩٣ – وفى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص٤٨٨ – وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٨ ص٥٨ – وفى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص١٥٤ – وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر٤ رقم ٩٤ ص٢٥١ – وفى ٣فبراير سنة١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٧ ص٢٥٦ – وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ ص٢٦٤ – وفى ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٦ ص٢٧٤ – وفى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٧ ص٥٦٧ – وفى ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ ص٦٨٠.

هذا ويلاحظ أن تفسير إرادة المتعاقدين لا يكون مسألة موضوعية إذا أخذنا بنظرية الإرادة الظاهرة، فإن تفسير هذه الإرادة يكون إذن مسألة قانونية كتفسير نصوص القانون ذاته، ويكون التفسير فى هذه الحالة خاضعاً لرقابة محكمة النقض (نظرية العقد للمؤلف ص٩٢٧ هامش رقم ٢).

المحكمة، وقد جرت فى ذلك على نهج محكمة النقض الفرنسية، تفرق فى العقد بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة. وتطلق سلطان قاضى الموضوع فى تفسير الشروط الغامضة ليستخلص منها إرادة المتعاقدين على الوجه الذى يؤدى إليه اجتهاده. أما فى تفسير الشروط الظاهرة فلا تجيز محكمة النقض لقاضى الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر. ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسخاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم(1).

٣٩١- العبارة الواضحة قد تكون محلا للتفسير: ولا يفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها(2). بل إن القاضى قد يجد نفسه فى حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة، مهما بلغ وضوحها، وسلس معناها، وارتفع عنها اللبس والإبهام. ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة فقد تكون العبارة فى ذاتها واضحة، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح فى معنى آخر. ففى هذه الحالة لا يأخذ القاضى بالمعنى الواضح للفظ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان. وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح، بل وينحرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسخه أو يشوهه. ولكن لا يجوز للقاضى أن يفعل ذلك إلا بشرطين:

(الشرط الأول) هو أن يفرض بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعانى إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك.

(والشرط الثانى) هو أنه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعانى لقيام أسباب

---

(1) مفاده المادة ١/١٥٠ من القانون المدنى أن القاضى يلزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هى، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض فى الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة وعلى القاضى إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين فى حكمه الاسباب المقبولة التى تبرر هذا المسلك، ولما كان ما تقضي به هذه المادة المشار إليها يعد من القواعد التى وضعها المشرع وينطوى الخروج عنها على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ومسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٨٤/٦/١٢ الطعن ٣٦٣ لسنة ٥١ق س٣٥ ص١٦٢٧)

(جلسة ١٩٧٧/١١/٣٠ الطعن ١٠٣ لسنة ٤٤ق س٢٨ ص١٧٢٤)

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٣١ الطعن ١٥٧٣ لسنة ٥٣ق)

(2) المقرر أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين أو حملها على معنى مغاير لظاهرها ما لم يبين القاضى فى حكمه الاسباب المقبولة التى تبرر ذلك. ويخضع فى هذه الحالة لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٩٠/٦/١٠ الطعنان ٣٠٩٣، ١٢٠ لسنة ٥٧، ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١ الطعن ٢٥٣ لسنة ٥٦ق السنة ٤٥ ص١٦٢٧)

تبرر ذلك، وجب عليه أن يبين فى حكمه هذه الأسباب. وفى هذا تقول محكمة النقض: «لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هى أوفى بمقصود المتعاقدين، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها. ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه، بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت فى تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها. فإن قصر حكمها فى ذلك كان باطلاً لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانوناً أن ينبنى عليها»(١).

---

(١) نقض مدنى فى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤١ ص٨٣ – وقضت محكمة النقض أيضاً بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفهم نصوص العقد وما قصده العاقدان منه دون أن تتقيد بألفاظها، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها فى ذلك ما دامت قد بينت فى أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به فى قضائها، ولماذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد، وما هى الظروف والملابسات التى رجحت عندها ما ذهبت إليه (نقض مدنى فى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص٨٤). وقضت أيضاً بأنه مهما يقل بأن للمحكمة أن تعدل عن المعنى الظاهر للعقد إلى ما تراه هى أنه مقصود العاقدين، فلا شك فى أنه يكون عليها إذا ما رأت أن تأخذ بغير ظاهر العقد أن تبين فى حكمها لم عدلت عن المدلول الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت صيغته المعنى الذى أخذت به ورجحت أنه مقصود العاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد اعتمدت فى تأويلها إياه على اعتبارات مقبولة يصح معها استخلاص ما استخلصته منها. فإذا هى لم تفعل كان حكمها معيباً بقصور أسبابه (نقض مدنى فى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨ ص٣٦). وقضت أيضاً بأنه إذا لم تأخذ المحكمة بظاهر مدلول عبارة وردت فى ورقة من أوراق الدعوى، وأوردت فى أسباب حكمها الاعتبارات التى دعتها إلى ذلك، وكانت هذه الاعتبارات مقبولة عقلا، فلا يصح النعي على حكمها أنها مسخت الورقة التى قصدت لتفسيرها أو أنها حرفت معناها (نقض مدنى فى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص١٤٤).

انظر أيضاً فى هذا المعنى: نقض مدنى فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٩ ص١٦١ – وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٩ ص٢٨٣ – وفى ٥ يناير سنة ١٩٣[illegible] مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص١٠٢٠ – وفى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧[illegible] ص١١٥٥ – أنظر كذلك «النقض فى المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمى باشا والدكتور محمد حامد فهمى بك فقرة ١٠٢ والأحكام المشار إليها فيه، وانظر فقرة ١٠٣ وفقرة ١٠٤ من هذا الكتاب فى نقد قضاء محكمتى النقض المصرية والفرنسية فى هذه المسألة وإلى رأى خاص لمؤلفى هذا الكتاب.

[illegible]قد ذهبت محكمة النقض الفرنسية هذا المذهب فى أحكامها، وعنها أخذت محكمة النقض المصرية كما سلفت الإشارة: أنظر نقض فرنسى فى ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢- ١-١٧٦ – وفى أول [illegible]و سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧-١-٢١٧ – وفى ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦-١-٤٦٩- وفى [illegible]ديسمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢- ١-١٠٤- وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ [illegible]-٢٧٨ – وفى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٧ -١-١٢٧ – وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٢١ [illegible]١٩٢٤-١-٧٩- وفى ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥-١-١٦٦- وفى أول =

٣٩٢– رقابة محكمة النقض فى تفسير العبارات الواضحة: ويتبين مما قدمناه أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع فى تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم. فإذا التزمت محكمة الموضوع المعنى الواضح للفظ الظاهر لم تكن فى حاجة إلى تسبيب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح وهو الذى يعبر عن مقصود العاقدين[1]. أما إذا عدلت عن هذا المعنى الواضح إلى معنى آخر تعتبر أنه هو الذى قصد إليه المتعاقدان، وجب عليها أن تبين فى أسباب الحكم لم كان هذا العدول. ومحكمة النقض تراقب الأسباب، فإذا اقتنعت بأن العدول قد قام على اعتبارات تسوغه سلم الحكم من النقض، وإلا نقض لقصور التسبيب[1].

ويبدو أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل أيضاً فى رقابة محكمة النقض، وإلا جاز للقاضى أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر دون أن

=يولية سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦-١-٢٨٦ – وفى ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣٠-١-٣٦٥– وأنظر فى تحليل قضاء محكمة النقض الفرنسية والعهود الثلاثة التى مر بها هذا القضاء كتاب «النقض فى المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمى باشا والدكتور حامد فهمى بك فقرة ٨٩– فقرة ١٠١.

هذا ولعل فيما قدمناه من جواز تفسير العبارة الواضحة رداً على ما استدركه الدكتور أبو عافية (فى رسالته فى التصرف المجرد نسخة عربية ص٢٨٤ هامش رقم ٨) على القانون المدنى الجديد، فقد ذهب إلى أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تمنع من تفسير العبارة الواضحة للعقد. وقد رأينا أن هذا النص فى القانون الجديد لم يقصد به إلا تقنين قضاء محكمة النقض فى هذه المسألة، بمنع وليس من تفسير العبارة الواضحة بالشرطين اللذين بيناهما.

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول: «ويلاحظ أخيراً أن القاضى ينبغى أن يلجأ إلى الوسائل المادية دون غيرها لاستخلاص إرادة المتعاقدين الذاتية، سواء أكان هناك محل لتفسير العقد أم لا. فليس للقاضى المدنى ما يتمتع به القاضى الجنائى من حرية فى تكوين عقيدته. وغنى عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض – أنظر قضاء هذه المحكمة فيما يتعلق بقصور الأسباب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٩٧ فقرة ٣).

(1) أ– متى كان الحكم قد انتهى فى تكييف عقد ايجار سفينة إلى أنه مشارطة نقل لزمن موقوت أخذا بعنوانه ونصوصه والمبادئ الفقهية فى شأنه فلا يكون الحكم قد أخطأ فى تكييف العقد ولا فى القانون متى كان لم يخرج عن عبارات العقد ونصوصه والغرض الذى عناه الطرفان من ابرامه وكان هذا التكييف متفقا مع مؤدى هذه النصوص.

(جلسة ١٩٥٦/٢/٢ الطعن ٣٢٩ لسنة ٢١س ٧ ص١٣٥)

ب– متى كان قد نص فى عقد البيع صراحة على أن المشترى دفع عربونا وحدد مقداره والحالة التى تبيح للمشترى استرداده وتلك التى تبيح للبائع الاحتفاظ به كما حدد فى العقد موعد الوفاء بباقى الثمن وشرط استحقاقه فان تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوى خيار الشرط هو تكييف سليم.

(جلسة ١٩٥٦/٤/٥ الطعن ٣٢٧ لسنة ٢٢ق س٧ ص٥٠٨)

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣١ الطعن ٤٧٦ لسنة ٢٦ق س١٣ ص٧٣٤)

(جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧ الطعن ٥٢ لسنة ٦٠ق السنة ٤٥ ص٤٤٥)

يذكر الأسباب التى تبرر ذلك، بل يكتفى بتقرير أن العبارة غامضة، وأن المعنى الذى استخلصه هو مقصود المتعاقدين، وأن هذا وذاك يدخل فى سلطان تقديره الموضوعى دون تعقيب عليه من محكمة النقض.

٣٩٣– هل الأخذ بالمعنى الظاهر للفظ الواضح أخذ بالارادة الظاهرة: وبعد أن بسطنا القاعدة فى تفسير العبارة الواضحة للعقد، يحق لنا أن نتساءل: مادام القاضى لا ينحرف عن المعنى الظاهر للفظ الواضح، وقد ألزمه القانون ذلك بصريح النص[1]، فهل لنا أن نفهم أن القانون قد أخذ فى هذه الحالة بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة، مادام لا يجيز الانحراف عن الأولى؟

إن الإطلاق الذى رأيناه فى نص القانون قد تقيد بما قدمناه من أن القاضى له أن يعدل عن المعنى الظاهر للفظ الواضح إلى معنى آخر نقتنع بأنه هو المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان، مادام يورد الأسباب المعقولة التى تبرر ذلك[1]. ويستخلص من هذا أن القاضى لا يأخذ فى العبارة الواضحة بالإرادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الإرادة هى ذات الإرادة الباطنة. فإذا قام دليل على أن هناك تغايراً ما بين الإرادتين، وجب عليه أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل فى أسباب الحكم.

ومن ذلك نرى أن القانون المدنى الجديد – وقد نهج فى هذا نهج محكمة النقض كما قدمنا – لم يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا مفترضاً أنها هى ذاتها الإرادة الباطنة. فالإرادة الظاهرة عنده هى الدليل على الإرادة الباطنة، ولكنها دليل يقبل إثبات العكس، ومتى ثبت العكس فالعبرة بالإرادة الباطنة.

٢ – عبارة العقد غير واضحة

٣٩٤ – البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين: تقول الفقرة الثانية من المادة ١٥٠:

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تأييداً لذلك ما يأتى: «لا ريب أن إرادة المتعاقدين هى مرجع ما يرتب التعاقد من آثار. بيد أن هذه الإرادة، وهى ذاتية بطبيعتها، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية، هى عبارة العقد ذاتها. فإذا كانت هذه العبارة واضحة، لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل. تلك قاعدة يقتضى استقرار التعامل حرصاً بالغاً فى مراعاتها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٩٦ فقرة ١).

(1) للقاضى السلطة فى تفسير العقود والمحررات على وفق نية المتعاقدين أو نية الملتزم منها ولو اقتضى ذلك مخالفته للمعنى اللغوى للالفاظ التى صيغت بها، وانما يجب عليه فى هذه الحالة أن يبين سبباً مقبولاً لعدم اعتداده ولأخذ بالمعنى الذى ذهب إليه.

(جلسة ١٩٣٦/١٢/٣ الطعن ٦٣ لسنة ٦ق)

(جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣ الطعن ٢٨٩ لسنة ٢٧ق س١٣ ص٢١٤٠)

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١ الطعن ٢٥٣ لسنة ٥٦ق س٤٥ ص١٦٢٧)

(جلسة ١٩٩٨/١/٨ الطعن ٥٥٢٧ لسنة ٦١ق)

«أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ».

أما أنه لا يجوز الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ فواضح. وإذا كنا لا نقف هذا المعنى وعبارة العقد واضحة كما رأينا، فأولى بنا ألا نقف عنده وعبارة العقد واضحة، لا تنصرف إلى معنى واحد ظاهر، بل تحتمل أكثر من معنى. وأما أن العبرة تكون بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، لا بالإرادة الفردية لكل منهما، فهذا واضح أيضاً، الإرادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان، فهي التي يؤخذ بها[أ]، دون اعتداد لأي متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق معه المتعاقد الآخر فيها[١].

ولكن أين نجد هذه الإرادة المشتركة، أو النية المشتركة؟ تشعبت الآراء في ذ فمن الفقهاء من يرى أن هذه النية المشتركة التي تكون محلا للتفسير لا يمكن إ تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد. ذلك أن التفسير لا يكون إلا في ا الصحيح كما قدمنا، ومادام العقد صحيحا فلابد أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق ، طرفا العقد مطابقة للإرادة الباطنة، وإلا لداخل العقد عيب من عيوب الإرادة ولما صحيحاً. فلا يجوز إذن أن يكون تفسير العقد وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة على ا الظاهرة، وإنما يكون التفسير وسيلة لاستخلاص الإرادة الباطنة من الإرادة الظاهرة، فا الظاهرة وحدها هي التي تكون محلا للتفسير على أساس أنها مطابقة للإرادة الباطنة

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «إذا كانت عبارة العة واضحة أو مبهمة بحيث تحتمل فى جزئياتها أو فى جملتها أكثر من معنى، تعين الالتجا التفسير. والجوهرى فى هذا هو كشف الإرادة المشتركة للعاقدين، لا الإرادة الفردية لكل م (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٩٦ – ص٢٩٧).

(أ) استخلاص نية المتعاقدين فى العقد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع، فإذ الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه لا ينال من البيع لغير وارث أن يحتفظ البائع لنفسة الانتفاع مدة حياته وأن يقيد الملكية قيداً مؤقتاً، وان النص فى العقد على التزام البائع – خلاا محدد – بتحرير العقد النهائى وإلا كان للمشترى الحق فى دعوى بإثبات صحة ذلك العقد لا معه مظنة إضافة التمليك إلى ما بعد موت البائع، فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ الطعن ٣٩٢ لسنة ٢٦ق س١٣ ص١٢٧)

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥ الطعن ٣٥٩٠ لسنة ٦٠ق م٤٥ ص١٦٨٣)

(جلسة ١٩٩٨/١/٨ الطعن ٥٥٢٧ لسنة ٦١ق)

(٢) ويقول الدكتور محمود أبو عافية فى هذا المعنى، بعد أن ينعى على الفقهين الفرنسى ا الخلط بين صحة التصرفات القانونية وتفسيرها، ما يأتى: «وهذا خطأ بين يجب استبعادة هاتين المسألتين إحداهما عن الأخرى للسبب السابق ذكره، وهو أن تحديد أثر التصرف ا توضع إلا بعد التسليم بصحة، وصحة التصرف تفترض بدورها اتفاق الإرادة المعلنة مع الحقيقية، فلا معنى إذن لإهمال الإرادة المعلنة بحجة الأخذ بالإرادة الحقيقية، بل يجب بمضمون الإرادة المعلنة... يجب إذن فصل المنطقة التي يعمل فيها مبدأ اتفاق الإرادة ا الإرادة الحقيقية كشرط لصحة التصرف عن منطقة المبدأ المتعلق بتحديد أثر التصرف. والنتيجا

ويؤخذ على هذا الرأى أنه يفترض عند تفسير العقد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة حتما للإرادة الباطنة. وهذا إن صح فى الكثرة الغالبة من الأحوال، إلا أنه يقع أحياناً أن يكون المتعاقدان قد قصدا أمراً اتفقا عليه، ولكن عبرا عنه تعبيراً غير دقيق، فتنحرف هنا الإرادة الظاهرة المشتركة عن الإرادة الباطنة المشتركة، ولا نكون فى هذا الفرض فى منطقة صحة العقد، فالعقد صحيح والمتعاقدان متوافقان تمام التوافق على أمر واحد. وإنما نكون فى منطقة تفسير العقد، مع ما بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من تغاير. والواجب فى هذه الحالة عدم الاعتداد بالإرادة الظاهرة، فلا تكون هى محل التفسير، بل يجب نبذها والبحث عن الإرادة الباطنة فى تفسير العقد. ومن ثم يكون الرأى الذى يذهب إلى وجوب اعتبار الإرادة الظاهرة عند تفسير العقد مطابقة حتما للإرادة الباطنة. وجعل الإرادة الظاهرة على هذا الأساس هى دائماً محل التفسير، رأيا فيه إطلاق يجدر تقييده. والصحيح أن يقال إن الإرادة الظاهرة هى التى تعبر فى العادة عن الإرادة الباطنة، والمفروض عند تفسير العقد أن الإرادتين متحدتان، فيكون الأصل أن الإرادة الظاهرة هى محل التفسير، ما لم يقم الدليل على أن الإرادة الظاهرة لا تعبر تعبيراً دقيقاً عن الإرادة الباطنة، وأن بين الإرادتين تغايراً، فتكون العبرة فى هذه الحالة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة، وتكون الأولى لا الثانية هى محل التفسير.

ومن الفقهاء من يرى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل فى الإيجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الآخر، مفهوماً على النحو الذى أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به[١]. فالإيجاب يصدر من الموجب ويتلقاه الطرف الآخر، ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين. فهذا الفهم الحاصل فعلا أو المستطاع تحصيله هو الذى نقف عنده لأنه هو القدر المتيقن الذى تلاقى عنده المتعاقدان. وعيب هذا الرأى أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائى يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير. ولكن الذى يقع فى العمل غير ذلك. فالمتعاقدان يتفاوضان، ويتساومان، ويتبادلان تعبيرات غير نهائية، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيانه معاً، ولسنا نعلم من منهما صاحبه، هو ثمرة مفاوضات دارت بينهما، ولكل منهما نصيبه فيه.

يترتب على ذلك هى أنه مادام التعبير عن الإرادة صحيحاً فتفسيره لتحديد أثره لا يجوز أن يكون وسيلة لتغليب الإرادة الحقيقية على الإرادة المعلنة، وإنما وسيلة لاستخلاص الإرادة الحقيقية من صيغة التعبير. ولا نزاع فى أن للقاضى عندئذ أن يصرف النظر عن المعنى الحرفى للألفاظ المستعملة يهتم فقط بمعناها المقصود فى الحقيقة والذى يتبين من مجموع الظروف الخارجية التى لابست التعبير. ولكن القاضى عندما يفعل ذلك لا يغفل التعبير عن الإرادة وإنما يفسره» (التصرف المجرد: رسالة عربية ص٢٨٣ – ص٢٨٤).

ظر أيضاً فى تحديد منطقة كل من الغلط والتفسير ولكن مع جعل الإرادة الباطنة أساسا لكل منهما دكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ١٨٦.

(١) فى هذا المعنى الدكتور الشيتى فى رسالته فى «تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى جامعة ص٥٨.

ويذهب سالى (Saleilles) إلى أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هى هذه الإرادة القانونية التى يجمع القاضى عندها إرادة كل من المتعاقدين، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين، دون أن يضحى إحداهما لمصلحة الأخرى. وظاهر أن هذا الرأى يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما، بل هى إرادة من صنع القاضى، هو الذى يقوم بنسخ خيوطها ثم يفرضها عليهما فرضاً[1].

ونحن نؤثر ألا ننحاز لرأى من هذه الآراء، وأن نستبقى للمسألة بساطتها الأولى. فنقول إن الأمر لا يعدو أن يكون هناك مظهر خارجي للتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدين، أى إرادة ظاهرة المفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنة. فإذا لم يقم دليل على غير ذلك، وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين – وهى النية المشتركة التى نبحث عنها – من هذه الإرادة الظاهرة عن طريق معايير نستهدى بها، هى التى نتولى الآن الكلام فيها.

٣٩٥– العوامل التى يستهدى بها القاضى للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين: ويستهدى القاضى للكشف عن هذه النية المشتركة بعوامل مختلفة ذكر القانون الجديد بعضاً منها لأهميته. فهو يستهدى «بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات» (م١٥٠ فقرة ٢). وغنى عن البيان أن القانون الجديد لم يذكر ما ذكر من هذه العوامل على سبيل الحصر. فإلى جانب ما ذكر توجد عوامل أخرى لم يذكرها ويصح أن يستهدى بها القاضى.

ويمكن بوجه عام أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضى عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسميها بالعوامل الداخلية، وأخرى يفسر بها العقد وهى خارجة عنه ونسميها بالعوامل الخارجية. والكثرة الغالبة من هذه العوامل هى عوامل موضوعية لا عوامل ذاتية، يطمئن إليها القاضى فى تفسير العقد التماساً لاستقرار التعامل. إذ هو يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين – وهذه مسألة نفسية خفية – بعوامل مادية ظاهرة. ونتكلم فى كل من العوامل الداخلية والعوامل الخارجية.

٣٩٦– العوامل الداخلية فى تفسير العقد: ذكر القانون منها طبيعة التعامل وما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، ونضيف إلى هذين قواعد أخرى يستأنس بها القاضى فى تفسير العقد بالرجوع إلى العقد ذاته، ذكرها القانون المدنى الفرنسى لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الارشاد. من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد، فتحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م١١٥٧ مدنى فرنسى). ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (م١١٦١ مدنى فرنسى). ومن ذلك أخيراً أن

(١) سالى: فى الالتزامات فى القانون الألمانى (المادة ١٥٧ ص٢٢٨ وما بعدها) – وانظر انتقاد [illegible] الشيتى لرأى سالى فى رسالته فى «تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد» ص٥٥ [illegible] رقم ٢٣.

تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (م١١٦٤ مدنى فرنسى). ونقول كلمة موجزة فى كل من هذه العوامل.

فالعقد يفسر بحسب طبيعة التعامل، أى بحسب طبيعة العقد وموضوعه. فإذا احتملت العبارة معاني مختلفة، اختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشارطة(1). إذ المعقول أن المتعاقدين قصدا أن يتركا العقد محكوماً بالقواعد التى تقتضيها طبيعته ما لم يصرح بخلاف ذلك. فإذا اشترط المعير في عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشئ أو مثله، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية الاستهلاك، بل قصد المعير أن يلزم المستعير فى حالة هلاك الشئ برد مثله لا بأن يدفع تعويضاً[١]. وإذا كانت العبارة عامة، فإنها تحدد بالرجوع إلى الموضوع الذى تم التعاقد عليه. إذ المعقول أن المتعاقدين لا يريدان أن يخرجا عن هذا الموضوع إلا إذا كانت عبارتهما صريحة فى مجاوزته. فإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه فى الميراث، فسر ذلك بأنه بتنازل عن جميع حقوقه فى التركة التى يتخارج فيها حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولا منه. ولكن لا يشمل التخارج حقوقاً موروثة من تركة أخرى[٢].

ويستهدى القاضى بما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين. والأمانة (loyauté) واجب على المتعاقد، والثقة (confiance) حق له. وبيان ذلك أن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة فى التعامل. فإذا كان هناك خطأ فى التعبير أو لبس، واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه، فالأمانة فى التعامل تقضى عليه ألا يستغل ما وقع من إيهام فى التعبير، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه. ويقابل هذا الواجب حق. فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذى قصد إليه الموجب. وهذه هى الثقة المشروعة، وتنطوى على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة فى تفسير العقد.

(١) أنظر أيضاً: استئناف مختلط فى ٢٥ يونية سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٩٢ – نقض فرنسى فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ –١–٢١٣.

(٢) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٤.

(1) لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير العقود وتقرير ما ترى أنه كان مقصود العاقدين مستعينة بظروف الدعوى وملابساتها، إذ فمتى كان الحكم قد استظهر من عبارة الاتفاق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى البيع لا التنازل عن الصفقة الراسى مزادها على المطعون عليه عن طريق احلال الطاعن محله فيها، وكان هذا الذى استخلصه الحكم مستنداً من أوراق الدعوى ولا يخالف الثابت بها فان ما نعاه عليه الطاعن يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٥٢/٥/١ الطعن ٢١٢ لسنة ٢٠ق)

(جلسة ١٩٥٩/٦/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص٤٠٤)

(جلسة ١٩٦٢/١/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص١٣)

(جلسة ١٩٩٤/١/١٩ الطعن ١٠٣٨ لسنة ٥٩ق السنة ٤٥ ص٢١٠ وجلسة ١٩٩٧/١٠/٢٣ الطعن١٠٢٦١ لسنة ٦٥ق)

وإذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد، وكان أحد هذه المعانى هو الذى ينتج
قانونياً، حملت العبارة على هذا المعنى، إذ أعمال الكلام خير من إهماله. فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له فى مقابل دين، واشترط الدائن أن يستولى على ريع الأرض فى نظير الفوائد وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين، فإذا فسر هذا العقد بأنه غاروقة إذ هو يجمع خصائص - فإنه لا ينتج أثراً قانونياً، لأن الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضى الخراجية. فيفسر على أنه رهن حيازة، ولا يسمح للدائن أن يستولى على ما يزيد عن الحد الأقصى الذى يجوز الاتفاق عليه فى الفوائد(1).

وعبارات العقد يفسر بعضها بعضاً. فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد. فقد تكون هناك عبارة مطلقة وتحددها عبارة سابقة أو لاحقة. وقد تقرر العبارة أصلاً يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها. وقد تكون العبارة مبهمة، وتفسرها عبارة وردت فى موضع آخر. فإذا باع شخص مفروشات منزله، ثم عين هذه المفروشات فى مكان آخر من العقد، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى، إذ الخاص يقيد العام. ولا يدخل فى المبيع ما لم يذكر فى المفروشات المعينة، حتى لو كان داخلاً ضمن مفروشات المنزل. وإذا قام التناقض بين عبارتين، اجتهد القاضى فى التوفيق بينهما. فلو أمكنه إعمال العبارتين معاً فعل، أو اجتهد فى إعمالهما إلى أقصى حد دون إرهاق للفظ أو قسر له على غير معناه. فإذا كان التناقض يستعصى معه الجمع بين العبارتين على أية صورة، اختار العبارة التى يظهر له أن المتعاقدين كانا يريدانها دون الأخرى(2).

وتخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم. فإذا باع شخص أرضاً زراعية، وكان من توابعها مواش خصت بالذكر فى عقد البيع، فليس هذا معناه أن المواشى وحدها هى التى تدخل ضمن الشئ المبيع، فكل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومخازن ومبان وغير ذلك يدخل أيضاً. أما تخصيص المواشى بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشيا أن يقوم شك فى أن المبيع يشملها فصرحا بذلك حسما للنزاع، أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة

(1) أنظر فى هذا المعنى المادة ١١٠٥ من القانون المدنى الجديد. وأنظر فى أمثلة أخرى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٣.

(2) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة - فى دعوى طلب إثبات صحة تعاقد دفع المدعى عليه بأن الاتفاق الذى تم بينه وبين المدعى على البيع قد عدل عنه وزال أثره - قد بينت الوقائع كما استخلصتها من الأوراق، ثم حصلت على المكاتبات التى تبودلت بين محامى الطرفين وأن المدعى أنكر التعاقد منذ حصوله، مستعينة على ذلك بإيراد ألفاظ وعبارات من تلك المكاتبات مؤدية إلى ما حصلته، فلا عليها إذا كانت لم تقف عندما ورد فى مكاتبة منها على لسان محامى المدعى مفيداً أن موكله يرى أن المدعى لا ينكر البيع وإنما ينازع فى تفصيلاته فقط، إذ المحكمة حين تفسر المحررات إنما تفسرها كما تفهمها هى، وهى إذ تعالج تفسير محررات متبادلة مترابطة إنما تعتمد على ما تفيده فى جملتها لا بما تفيده عبارة معينة من عباراتها (نقض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٠ ص٤٦٩) - أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٥.

على هذه المواشى فأفرداها بالذكر. ونرى من ذلك أن هذه القاعدة نقيض للقاعدة السابقة التى تقضى بأن الخاص يقيد العام. فقواعد التفسير قد تتضارب، وعلى القاضى أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذى يدعى لتفسيره.

٣٩٧- العوامل الخارجية فى تفسير العقد: ذكر القانون منها العرف الجارى فى المعاملات، ونضيف إليه الطريقة التى ينفذ بها العقد.

فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجارى فى التعامل. إذ المعقول فى المسائل التى توطد فيها عرف أن يفرض فى المتعاقدين أنهما عالمان به وقد ارتضياه، وإلا لصرحا بمخالفته. فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها فى ضوء هذا العرف(I). وقد قضت محكمة النقض بأن القاضى يفسر العقد مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى، فله أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ فى طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاق الجار المرفق بالمطل والنور والهواء(1). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف يقضى بأن يكون أجر السمسار ٢,٥٪ من قيمة الصفقة(2). والعرف يكون عاماً(3)، لكن إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص تغلب العرف الخاص(4). ويجب أن يكون العرف مستقراً(5).. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العادة التى تقضى بأن يكون نزح البئر فى جهة رمل الإسكندرية على المستأجر ليست عادة مستقرة فلا يحكم بها(6). ويجب أن يكون العرف غير مخالف لا للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب(7).

(1) نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٥ ص١٣٧.

(I) لمحكمة الموضوع السلطة فى تعرف حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التى أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته، فإذا كان يبين من الحكم أن محكمة الموضوع وهى بصدد الفصل فى الخصومة التى قامت بين الطرفين حول ما إذا كانت الهبة قد صدرت من الواهب للطاعنين بصفتهما الشخصية أو باعتبارهما نائبين عن اهالى بلدة معينة لبناء مدرسة بها، قد رجعت - بجانب ما تضمنه العقدان الابتدائى والنهائى من عبارات - إلى ظروف التعاقد وملابساته - واستخلصت - ذلك أن فكرة انشاء المدرسة قد نبتت لدى الأهالى وأن تشييدها كان تنفيذاً لهذه الفكرة وأن الهبة قد صدر من الواهب تنفيذا لهذا الغرض، وكان هذا الرأى الذى استخلصته محكمة الموضوع سائغا لا يجافى المنطق ولا يناقض الثابت بالأوراق، فان الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص٦٩٣)

(جلسة ١٩٩٤/٦/٩ الطعن ١٢٥١ السنة ٤٥ ص٩٦٨)

(2) ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٠٩.

(3) استئناف مختلط فى ٢٣ فبراير سنة ١٩١٠ م٢٢ ص١٦٢.

(4) مسينا جزء ١ فقرة ٦١.

(5) استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٥٤.

(6) ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١٣٠.

(7) استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص١٦١.

ولا يطبق العرف، كما تقول محكمة النقض[1]، إلا عندما تستغلق نصوص القانون أو يسكت المتعاقدون عن تنظيم فى ناحية مما تعاقدوا عليه أو ينظمونه فى غموض. وهناك مسائل يجرى فيها العرف مجرى القانون، كما فى المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجارى ونحو ذلك، ففى هذه المسائل يرجع القاضى إلى العرف لا لتفسير نية المتعاقدين فحسب، بل أيضاً لتكملة العقد ذاته وتحديد نطاقه كما سنرى. ويلاحظ أن العرف عندما يكون عاملا من عوامل تفسير العقد غير العرف عندما يكون مصدراً من مصادر القانون،فإن القاضى إذا خالف العرف فى الحالة الأولى لم يكون حكمه عرضة للنقض، أما العرف فى الحالة الثانية فهو قانون إذا خالفه القاضى نقض حكمه.

وقد تتضح إرادة المتعاقدين من الطريقة التى ينفذان بها العقد. فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن، فسرت إرادتهما المشتركة فى ضوء طريقة التنفيذ التى تراضيا عليها. مثل ذلك أن يغفل عقد الإيجار ذكر مكان دفع الأجرة، وتقضى القواعد العامة فى هذه الحالة بأن الأجرة تدفع فى محل المستأجر، ولكن المستأجر يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة فى محل المؤجر، فيحمل ذلك على أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة فى هذا المحل[2].

٣٩٨- بأية إرادة يؤخذ فى تفسير العقد: ويخلص مما قدمناه أن القاضى فى تفسير العقد الغامض يأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين، ويستخلصها عن طريق معايير موضوعية تمكنه من الكشف عنها. فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة. ولا هو لا يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة. وإنما يأخذ بالإرادة الباطنة التى يستطيع التعرف عليها (volonté reconnaissable)[3].

ونرى من ذلك أن القانون الجديد، فى حالتى العقد الواضح والعقد الغامض، لا يعتد بالإرادة الظاهرة إلا على اعتبار أنها دليل على الإرادة الباطنة. وهو على كل حال دليل يقبل إثبات العكس.

---

(١) نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر٣ رقم ٤٧ ص١٤١.

(٢) أنظر فى القضاء المصرى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٨.
هذا وقد تتضح إرادة المتعاقدين عن طريق أى عامل آخر خارجى عن العقد. مثل ذلك ما [illegible] محكمة النقض من أنه إذا كانت المحكمة، حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض [illegible] خلافاً لظاهره، قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع [illegible] هذه النية من ورقة الضد التى عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذى أجرته فى الدعوى [illegible] الأخرى التى أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن فى حكمها، فيتعين رفض [illegible]
(نقض مدنى فى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٠ ص٣٩٠).

(٣) وهذا يقرب من النظرية الألمانية المعروفة بنظرية الثقة (Vertauenstheorie) التى [illegible] الدكتور الشيتى فى رسالته «فى تكوين العقد وفى تفسيره فى القانون المصرى الجديد» ص٥٣. وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك.

٣- قيام الشك فى التعرف على إرادة المتعاقدين

٣٩٨- يفسر الشك فى مصلحة المدين - مبررات هذه القاعدة: وضع القانون نصاً صريحاً فى هذه الحالة - الفقرة الأولى من المادة ١٥١ - يقضى بأن يفسر الشك فى مصلحة المدين. فإذا قام شك فى مدى التزام المدين بعقد، فسر هذا الشك فى مصلحته، وأخذ بالتفسير الأضيق فى تحديد هذا المدى. ويبرر هذه القاعدة الاعتبارات الآتية:

(أولاً) إذا كنا نأخذ بالتفسير الأضيق فى تحديد مدى التزام المدين، فذلك لأن الأصل براءة الذمة، والالتزام هو الاستثناء، والاستثناء لا يتوسع فيه. هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحمله عبارات العقد. فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا فى حدود هذا المدى الضيق.

(ثانياً) ثم إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام، فإذا كان هناك شك فى الالتزام من حيث مداه، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع، كان عاجزاً عن إثبات ذلك، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذى قام عليه الدليل. فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة فى الإثبات لا قاعدة فى التفسير[1].

(ثالثاً) ويقال أيضاً فى تبرير القاعدة إن الالتزام يمليه الدائن لا المدين. فإذا أملاه مبهماً يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين، إذا كان فى مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لا يجول الشك فيه. ومزية هذا الاعتبار أنه يفسر لم نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن حتى لو كان دائناً. فإن عقد الإذعان يمليه الطرف القوى على الطرف المذعن فى جميع مشتملاته، فتكون التزامات هذا الطرف القوى هى أيضاً من إملائه، فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المذعن وهو هنا الدائن.

٣٩٩- نطاق تطبيق القاعدة: وللقاعدة المتقدمة نطاق محدد تطبق فيه، ويرد عليها فى حدود هذا النطاق استثناء معين.

أما نطاقها فهو أن يكون هناك شك فى التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين: مجرد شك، بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل، ولا ترجيح لوجه على وجه. أما إذا استحال التفسير، ولم يستطع القاضى أن يتبين ولو وجها واحداً لتفسير

---

(١) وتشير المذكرة الإيضاحية إلى هذا الاعتبار فيما يأتى: «إذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد، وبقى الشك يكتنف إرادة المتعاقدين المشتركة رغم إعمال أحكام التفسير التى تقدمت الإشارة إليها، فسر هذا الشك فى مصلحة المدين دون الدائن. تلك قاعدة أساسية أخذت بها أغلب التقنينات، وهى ترد إلى أن الأصل فى الذمة البراءة، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود دينه باعتبار أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل، فإذا بقى شك لم يوافق الدائن إلى إزالته فمن حق المدين أن يفيد منه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٩٩).

العقد مهما كان جانب الشك فيه، فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها، بل أراد كل منهما شيئاً لم يرده الآخر، فلم ينعقد العقد. ولابد، من جهة أخرى، أن يكون الشك مما يتعذر جلاؤه. فإذا أمكن القاضى أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين – مهما كان هذا عسيراً – واستطاع أن يزيح عنها الشك، وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة، ولو كان التفسير فى غير مصلحة المدين[1].

أما الاستثناء الذى يرد على القاعدة فهو ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من أنه «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن». فيجب إذن أن يكون التفسير لمصلحته دائماً، ولو كان دائناً، على خلاف القاعدة التى نحن بصددها من أن التفسير عند الشك لا يكون لمصلحة المتعاقد إلا إذا كان مديناً. وقد مر بيان ذلك عند الكلام فى عقود الإذعان[2].

٤٠٠ – **تطبيقات للقاعدة:** فإذا وجد القاضى نفسه فى نطاق تطبيق القاعدة طبقها. وفسر العقد الملزم لجانب واحد لمصلحة الجانب الملتزم. وفسر العقد الملزم للجانبين لمصلحة أى من المتعاقدين يكون مديناً فى الالتزام الذى يفسره، فيكون التفسير تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وطوراً لمصلحة الآخر.

فإذا كان هناك شك فى وجوب إعذار المدين، فسر هذا الشك فى مصلحته ووجب الإعذار[3]. وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائى مستحقاً فى حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا فى حالة عدم التنفيذ، كان الشرط غير مستحق إلا فى حالة عدم التنفيذ[4]. وإذا كان المدين ملتزماً بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها، كان للمدين أن يتبع ما هو أيسر عليه وأخف مؤونة[5]. وإذا اشترطت

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاشتباه فى الغرض المقصود من المشارطة الذى يجب معه تفسير المشارطة بما فيه الفائدة للمتعهد هو الاشتباه الذى يقوم فى نفس القاضى لخلو الدعوى من دليل مقنع. فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت فى اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشترى بمطالبته بثمن القطع المبيع له أنه تسلم المبيع، ثم قضت بإلزامه بالثمن، فإن حكمها يكون سليماً ولا غبار عليه (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص٤٧٨).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١١٨ – ومما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يلى: «وينبغى كذلك تفسير ما يغمض من الشروط فيها على وجه لا يضر بالمذعن»، دائناً كان أو مديناً، ليس له، على كلا الحالين، يد فى هذا الغموض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧١).

(٣) استئناف مختلط فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص١١.

(٤) استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٤٢ – وفى ١١ يونية سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٧٠.

(٥) استئناف مختلط فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٤ م٢٧ ص٢٩.

العمولة عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها[1].

المطلب الثانى
تحديد نطاق العقد

٤٠١ – **النصوص القانونية:** نصت المادة ١٤٨ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«١–يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية».

«٢– ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام»[2].

وهذا النص يبين فى الفقرة الأولى منه كيف ينفذ العقد، وفى الفقرة الثانية كيف يحدد نطاقه.

٤٠٢ – **التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه:** وهناك مسائل ثلاث

(١) محكمة اسكندرية الكلية التجارية المختلطة فى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ٢٨٧ ص١٦٥ – أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية فى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٥ ص٧٣ – محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٦ ص٢٦٧ – استئناف مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٦٢ – وفى ٦ يونية سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٦٢ – وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص١١– وفى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠م ٤٣ ص٩٤– وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٥٣ – وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤م ٤٧ ص٥٩ – وفى ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٣٩ – وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٠٠ – وفى ١١ يونيـة سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٩٨ – أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٠ ص٩٤٨.

(٢) **تاريخ النص:** تقتصر على الفقرة الثانية من هذا النص وهى التى تعنينا هنا، مرجئين الفقرة الأولى إلى المطلب الثالث عند الكلام فى إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد. وقد ورد النص فى المادة ٢١٤ فقرة٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام، وفقاً للعدالة والعرف والقانون». وفى لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من النص على النحو الآتى: «وفقاً للقانون والعرف والعدالة»، وأصبح رقم المادة ١٥٢ فقرة ٢ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على النص كما هو فى المشروع النهائى. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يعطى للقاضى سلطة خطرة إذ يمكنه أن يزيد فى التزامات المتعاقدين وفى ذلك إهدار لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ولما كانت المادة ١٥٤ تتكلم عن تفسير العقود فيمكن الاستغناء بها عن المادة ١٥٢ لأن الالتزام بالعرف والعادة ونية الطرفين يكون فى تفسير العقود وليس فى تنفيذها. وبعد مناقشة استعيض عن عبارة «ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام» بعبارة «ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته» وأضيفت عبارة «بحسب طبيعة الالتزام» فى آخر الفقرة، وقالت اللجنة فى تقريرها إن التعديل يجعل الحكم أوضح دون أن يمس جوهره. وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة ٢. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٧ – ص٢٩٠).

يجب تمييزها بعضها عن بعض: تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه. وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هي تفسير العقد. فإذا فرغ القاضى من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين، انتقل إلى تحديد نطاق العقد. فلا يقتصر فى هذا التحديد على ما ورد فى العقد وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين، بل يجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. ثم ينتقل القاضى، بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه، إلى المسألة الثالثة وهى تنفيذ العقد. فيلزم المتعاقدين بتنفيذه، طبقاً لما اشتمل عليه – والمشتملات يعرفها القاضى عن طريق التفسير وتحديد النطاق – ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م١٤٨ فقرة أولى)(١).

وقد فرغنا من الكلام فى تفسير العقد، فننتقل الآن إلى الكلام فى تحديد نطاقه.

٤٠٣ – العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تحديد نطاق العقد: لا يقتصر القاضى، كما قدمنا، فى تحديد نطاق العقد على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد. وقد ذكر القانون، لا على سبيل الحصر، أهم العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تحديد هذه المستلزمات، ومن ثم فى تحديد نطاق العقد. وهذه هى: (١) طبيعة الالتزام. (٢) القانون فى أحكامه التكميلية والمفسرة. (٣) العرف ويضاف إليه الشروط المألوفة (clauses de style). (٤) العدالة.

٤٠٤ – طبيعة الالتزام: وطبيعة الالتزام (nature de l'obligation) تملى على القاضى أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف

---

(١) التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتنفيذه يعين على رفع اللبس فى مسائل تبقى مضطربة دون هذا التمييز. ففى تفسير العقد نعنى بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين. وفى تحديد نطاق العقد نضيف إلى هذه النية المشتركة ما لم تتناوله فى الواقع ولكنه يعتبر من مستلزماتها. وفى تنفيذ العقد نجعل هذه النية المشتركة بعد أن نضيف إليها مستلزماتها هى شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون، ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ونرى هذا التمييز واضحاً فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، وإن ذهبت هذه المذكرة إلى أنه يبدأ بتحديد نطاق العقد ثم يعرض بعد ذلك أمر التفسير، على أن هذا الترتيب العكسى لم يخلط ما بين المسألتين بل أبقى كلا منهما فى الحدود المرسومة لها. وهذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الشأن: «ومما هو جدير بالذكر أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ (م١٤٨ جديد) تنص على طبيعة الالتزام فى معرض تحديد مضمون العقد، وتنص... على العرف الجارى فى شرف التعامل بصدد كيفيه تنفيذه. والواقع أن التفرقة من هذا الوجه بين تحديد مضمون العقد وتفسيره وكيفية تنفيذه جد دقيقة. ذلك أنه يبدأ بتحديد مضمون العقد، وقد يستتبع ذلك استكمال ما لم يصرح به فيه. ثم يعرض أمر تفسير هذا المضمن وهو يقتصر على شقه الثابت بالعبارة دون ما يستكمل منه من طريق الدلالة. فإذا تم للمتعاقدين تحديد مضمون العقد وتفسيره عمدا إلى تنفيذه وفقاً لما يفرضه حسن النية وما يقتضى العرف فى شرف التعامل (أنظر م٢٢١ من التقنين اللبنانى). وإذا كان التفريق بين هذه المراحل الثلاث ميسوراً من الناحية المنطقية البحتة، فمن البين أنها تختلط فى الواقع ببعضها، ويتجلى ذلك بوجه خاص فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد وتفسيره» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٩٧).

والعدالة(١)(1). فمن باع عيناً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء(2) (م٤٣٢ جديد). ومن باع حقاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده، كرهن وكفالة أو دعوى ضمان. ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية (accessoires) التى لا غنى عنها فى تسييرها. ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم للمشترى السجلات التى تبين ما على المتجر من ديون وما له من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك(٢).

---

(١) وقد رأينا أن نص المشروعين التمهيدى والنهائى واضح فى أن طبيعة الالتزام تتحدد وفقاً للقانون والعرف والعدالة. وغمض هذا المعنى بعد التعديل الذى أدخلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، على أن اللجنة فى تقريرها إنها قصدت من التعديل أن تجعل الحكم أوضح دون أن تمس جوهره. وليس ثمة كبير أهمية لهذه التحويرات، فطبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة كلها عوامل تساهم فى تحديد نطاق العقد. وعلى هذا الوجه جرينا فى شرح النص.

(٢) أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٨٤ ص٤٠٠ – ويقول الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه فى وسيطهم إن القضاء الفرنسى يضيف إلى نطاق العقد التزامات ثلاثة يستخلصها من طبيعة العقد. الالتزام الأول هو بحسن نية (agir de bonne foi)، وظاهر أن هذا الالتزام يتصل بتنفيذ العقد لا بتحديد نطاقه. والالتزام الثانى هو التزام الضمان (oblig. de garantie)، وقد نظم القانون التزام الضمان هذا فى بعض العقود كالبيع والإيجار، ولكنه التزام قائم فى كل العقود التى تقتضى طبيعتها ذلك. والالتزام الثالث هو ضمان السلامة (oblig, de sécurité)، وهو التزام تقتضيه طبيعة بعض العقود، فعقد العمل يقتضى أن يضمن رب العمل سلامة العمال، وعقد نقل الأشخاص يقتضى أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص الذين ينقلهم من مكان إلى مكان (بلانيول وريبير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٤٥٥ – ٤٥٩ وفقرة ٩٥٨ – ٩٦٣).

(1) مفاد النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدنى على ان «ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكنه يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام» ان الالتزام التعاقدى قد يتسع ليشمل ما لم يتفق عليه صراحة مما تقتضيه طبيعته، فإذا اتفق على نزول مسافر فى فندق فان العقد لا يقتصر على الزام صاحب الفندق بتقديم مكان النزول وانما يلزمه أيضاً بما مقتضاه طبيعة الالتزام بالايواء، ومن هذا القبيل وفق ما جرى به العرف بين الناس اتخاذ الحيطة واصطناع الحذر بما يرد عن النزيل عائلة ما يتهدد سلامته من مخاطر ويحفظ عليه أمنه وراحته فيعصمه من الضرر على نحو ما يعصمه ايواؤه إلى سكنه.

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٣ الطعن ١٤٦٦ لسنة ٤٨ق س٣١ ص٢٥٥)

(جلسة ١٩٦٨/٥/٢٨ الطعن ٢٣٧ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٠١٤)

(2) مؤدى نصوص المواد ١/١٤٨، ٤٣٢، ٥٦٦ من القانون المدنى أن العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره فى العقد بشأنها إنما تشمل أيضاً ما يكون من ملحقاتها التى لا تكتمل منفعتها المقصودة من الايجار إلا بها وأنه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد ملحقات العين المؤجرة وجب اعمال اتفاقهما فان لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى طبيعة الاشياء واتباع العرف دون التقيد فى هذا الخصوص بوسيلة بعينها من وسائل الاثبات لان هذه الامور هى من قبيل المادى الذى يجوز اثباته بكافة الطرق.

(جلسة ١٩٧٩/٢/٢٤ الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٤ق)

(جلسة ١٩٧٧/٥/١٦ الطعن ٨١١ لسنة ٤٣ق مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص١٢١٤) =

٤٠٥ – القوانين التكميلية والمفسرة: والقوانين التكميلية والمفسرة (lois supplétives, interprétatives) تعين القاضى إلى حد كبير على استكمال نطاق العقد. ذلك أنه يصعب فى كثير من الأحوال أن ينظم المتعاقدان العلاقة فيما بينهما فى جميع تفصيلاتها فهما فى الغالب يتركان بعض التفصيلات، إما لأنهما لم يتوقعاها، وإما اعتماداً على أحكام القانون[1]. وهنا تأتى الأحكام القانونية المفسرة تكمل العقد. مثل ذلك أن يتعاقد شخصان على بيع، فيعينا المبيع والثمن، وقد يغفلان بعض التفصيلات كتعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية وما إلى ذلك. كل هذه التفصيلات بين القانون أحكامها فى نصوص عقد البيع، وجعل هذه الأحكام أحكاماً تكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها، وأحكاماً تفسيرية تكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك واعتمدا على هذه الأحكام المفسرة. وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد. وهذا ما يعلل أن ليس لها أثر رجعى ينسحب على العقود التى أبرمت قبل صدورها، لأن هذه العقود وجدت فى وقت كانت أحكام أخرى تكمل فيه إرادة المتعاقدين وكانت هذه الأحكام جزءاً من العقد، فلا يجوز أن ينسخ جزء من العقد بقوانين لاحقة. فلو أن شخصاً اقترض مبلغاً من النقود بالسعر القانونى فى ظل القانون القديم (وكان السعر القانونى) ٥ فى المائة)، فإن القانون الجديد، وقد نزل بالسعر القانونى إلى ٤ فى المائة، لا يسرى على هذا القرض ويبقى السعر ٥٪.

ولما كانت هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التى افترضها القانون أو كشف عنها، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذى يريانه، فهى ليست من النظام العام. وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس.

٤٠٦ – العرف والشروط المألوفة: رأينا أن العرف يجرى مجرى القانون فى المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجارى. وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه. ويتصل بالعرف الشروط المألوفة (clauses de style) . فتضاف إلى العقد الشروط التى جرت العادة بإدراجها فيه، وهى

=(جلسة ١٩٩٤/١/٢٦ الطعن رقم ٢٠١٤ لسنة ٦٣ق)
(جلسة ١٩٩١/٢/١٧ الطعن ٢٥٩٦ لسنة ٦٠ق)
(جلسة ١٩٨٩/٧/٣٠ الطعن ١١١٣ لسنة ٥٣ق)
(جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥ الطعن ٢٠٣٣ لسنة ٥١ق)

(١) وهذه غير الحالة المنصوص عليها فى المادة ٩٥، والتى مر ذكرها، وهى حالة ما إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة. والفرق بين الحالتين أن المتعاقدين فى الحالة التى نحن بصددها أغفلا بعض التفصيلات لأنهما لم يتوقعاها أو توقعاها ولكن تركا تنظيمها لأحكام القانون. أما فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٩٥ فإن التفصيلات التى تركها المتعاقدان دون تنظيم هى تفصيلات توقعاها وأرادا أن ينظماها باتفاقهما، ولكنهما لم يستطيعا الوصول إلى هذا الاتفاق. والقاضى فى هذه الحالة الأخيرة لا يفسر نية المتعاقدين ولا يكمل نطاق العقد، وإنما يحل محل المتعاقدين فى صنع العقد.

شروط أكثر تحديداً من العرف. ذلك أن هناك عقوداً أصبح من المألوف فيها أن تشتمل على عبارات معينة، حتى صار تكرار هذه العبارات غير ذى فائدة. وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تقضى به هذه الشروط ولو لم تذكر، لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد. مثل ما جرت به العادة فى الفنادق والمطاعم والمقاهى من أن يضاف إلى حساب العمل نسبة مئوية تنفح بها الخدم، فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك العميل وحتى لو لم يره مكتوباً. ولكن عند تعارض شرط مألوف مع شرط خاص أدرج فى العقد، فالشرط الخاص هو الذى يعمل به[1].

٤٠٧ – العدالة: وقد يسترشد القاضى بقواعد العدالة فى استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه. فالبائع لا يلتزم فحسب أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى، بل يجب عليه أيضاً أن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً. وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر فى العقد، وقد يورد القانون فى شأنه نصوصاً صريحة (أنظر م ٤٢٨ من القانون المدنى الجديد). وبائع المتجر يلتزم نحو المشترى ألا ينافسه منافسة ينتزع بها عملاء المتجر، وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر فى العقد. والعامل الفنى إذا عمل فى مصنع فاطلع على أسراره الصناعية بحكم عمله يلتزم ألا يبوح بهذه الأسرار لمصنع منافس ولو لم يشترط عليه ذلك (قارن م٦٨٦ جديد). وما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الابتداع، ولو لم يشترط رب العمل فى العقد أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات (م٦٨٨ فقرة ٢ جديد). وفى عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية. وإذا كان من شأنها أن تؤثر فى التبعة التى تتحملها الشركة. هذا وليست نظرية الحوادث الطارئة – وقد وضع لها القانون الجديد نصا عاماً وطبقها فى عقود مختلفة – إلا تطبيقاً لمبدأ العدالة فى تحديد نطاق العقد وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام صار مرهقاً للمدين إلى حد يخل بالعدالة الواجبة.

٤٠٨ – تحديد نطاق العقد هو من مسائل القانون: وإذا حدد القاضى نطاق العقد[1]، خضع فى هذا التحديد لرقابة محكمة النقض، فتستطيع هذه المحكمة أن تعقب على

(١) استئناف مختلط فى ٦ يونية سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص١٨٢.

(1) العقد النهائى – دون العقد الابتدائى – هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين ، ومن ثم فإذا تبين أن عقد البيع النهائى قد خلا من النص على الشرط الجزائى الوارد فى عقد البيع الابتدائى أو الاحالة إليه، فان هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفت نيتهما إلى علم التمسك به أو تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٠/٣/٢٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص٥١٣)
(جلسة ١٩٥٨/١/٩ الطعن ٣٤٣ لسنة ٢٣ق السنة ٩ ص٦٢)

حكمه، وأن تأخذ عليه أنه انتقص من نطاق العقد أو زاد فيه. فإذا طبق القاضي بعض شروط العقد دون بعضها الآخر، كان في ذلك انتقاص من نطاق العقد ووجب نقض الحكم[(١)].

المطلب الثالث

إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

٤٠٩ – القاعدة العامة والاستثناء منها: القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه. وقد أورد القانون الجديد، عند الكلام على آثار العقد[(٢)]، على هذه القاعدة استثنائين. الاستثناء الأول ما تقضي به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضي للعقد (م١٤٧ فقرة ٢)، والاستثناء الثاني ما تقضي به نظرية عقود الإذعان من جواز تعديل القاضي للشروط التعسفية أو الإعفاء منها (م١٤٩).

ولا نعود إلى عقود الإذعان فقد سبق الكلام فيها[(٣)]. ونقتصر هنا على ملاحظة أن العقد إذا تم بطريق الإذعان واشتمل على شروط تعسفية، فإن العيب الذي يلحق العقد في هذه الحالة يلحقه منذ تكوينه، لا عند تنفيذه كما هو الأمر في نظرية الحوادث الطارئة. فنظرية عقود الإذعان أقرب إلى نظرية عيوب الرضاء. وما الإذعان إلا ضرب من الإكراه أو الاستغلال يرتب عليه القانون نتائج محدودة. وكان المنطق يقضي بأن يوضع النص الخاص بعقود الإذعان في المكان الذي وضع فيه النص الخاص بنظرية الاستغلال، فهذه أشكل بتلك.

---

(١) وإلى هذا الرأي ذهبت محكمة النقض عندما قضت بأن الخطأ في تطبيق نصوص العقد خطأ في تطبيق القانون يخضع لرقابة محكمة النقض. ففي دعوى المقاول الذي لم يدفع للمدعى عليه (وزارة الحربية) غير التأمين المؤقت، وعندما أعلن بقبول عطائه وكلف بإيداع التأمين النهائي امتنع ولم يمض عقد التوريد وطلب إعفاءه من التعهد، فألغى المدعي عليه عطاءه وانصرف إلى غيره في استكمال المطلوب له – في هذه الدعوى إذا طبقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها الذي كان يجب تطبيقه، فلمحكمة النقض أن تنقض الحكم وتفصل في الدعوى على أساس الشروط الواجبة التطبيق. ولا يرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد المناقصة وعدم تطبيق بعضها الآخر في الدعوى هو مما يدخل في ولاية قاضي الموضوع دون رقابة عليه فيما يرتئيه من تفسير هذه الشروط، لأن تطبيق نص من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتهاد يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض (نقض مدني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٩ ص٢٢٣) – وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تفسير بند في العقد تفسيراً صحيحاً مع ترك البنود الأخرى يوجب نقض الحكم (نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٣ ص٥٣٢). أنظر أيضاً في هذا المعنى «النقض في المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمي باشا والدكتور محمد حامد فهمي ص٢٩٦ – ص٢٩٩ (والتمييز غير واضح في هذا المرجع بين تفسير العقد وتحديد نطاقه).

(٢) وإلا فإن القانون أورد استثناءات أخرى كثيرة تفرقت في أماكن مختلفة كما سترى.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١١٨ وما بعدها.

فإذا تركنا عقود الإذعان بقي أن نبحث مسألتين: (١) القاعدة وهي تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه (٢) ثم الاستثناء وهو ما تقضي به نظرية الحوادث الطارئة.

١ – تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

٤١٠ – النصوص القانونية: نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

«العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون[(١)](I)».

«ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية»[(٢)].

٤١١ – العقد شريعة المتعاقدين: بعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد نطاقه، لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه، ما دام العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً، وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا في الدائرة التي يجيزها القانون، أي في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام ولا مع الآداب.

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «العقد شريعة المتعاقدين ما دام قد انعقد صحيحاً، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون». وأقرته لجنة المراجعة بعد حذف عبارة «ما دام قد انعقد صحيحاً» لعدم الحاجة إليها، وأصبح رقم النص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٧ فقرة أولى، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧٨ – ص٢٨٦).

(I) مفاد ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بمفرده بنقضه أو تعديله كما يمتنع ذلك أيضاً على القاضي. فيمتنع نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

(جلسة ١٩٨٦/١١/٥ الطعن ١٤٠٢ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٩/٢/٩ الطعن ٩٧٣ لسنة ٥٥ق س٤٠ ص٤٤٠)

(جلسة ١٩٩٠/٤/٥ الطعن ١٨٠٤ لسنة ٥٦ق)

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل». وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً لفظياً على النحو الآتي: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وما تقتضيه نزاهة التعامل»، وأصبح رقم النص المادة ١٥٢ فقرة أولى في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قيل تعليقاً على النص إنه وإن كان العقد شريعة المتعاقدين فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني لا المعاني كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها، وحذفت اللجنة عبارة «وما تقتضيه نزاهة التعامل»، وعللت هذا الحذف في تقريرها بأن «في عموم تعبير حسن النية ما يغني عنها»، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة أولى. ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٧ – ص٢٩٠).

ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانونا، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين[1]. بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب، وقد رأينا أن الأحكام القانونية التي تخرج عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاماً تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد، كان العقد هو القانون الذي يسري عليهما، وتوارى البديل أمام الأصيل. وهذا هو المعنى الذي قصدت إليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ حين قالت: «العقد شريعة المتعاقدين». وتقول المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي في هذا المعنى: «الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدوها مقام القانون». (Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites). وقد نقل المشرع الفرنسي هذا النص عن دوما (Domat) كما قدمنا[1].

٤١٢ – فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون: والنتيجة المباشرة للمبدأ القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، هي أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

(١) وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين، فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق. وقد عقد جوسران (جزء ٢ فقرة ٢٤٧ – فقرة ٢٤٨) مقارنة بين العقد والقانون. أما وجوه الشبه ففي أن كلا منهما ملزم، وفي أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف، وفي أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بعين الطريقة التي صنع بها كل منهما، وفي أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية. ووجوه الخلاف هي أن العقد لايجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام أما القانون فيلغي قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام، والعقد قد يحل بإرادة واحدة فيمكن إذن حله بطريقة غير التي صنع بها في أحوال استثنائية بخلاف القانون فلا يلغى إلا بالطريقة التي صنع بها، وتفسير العقد مسألة موضوعية (على تفصيل سبق بيانه) لا رقابة لمحكمة النقض عليها أما تفسير القانون فمسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

(١) أ- المقرر وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني، أن العقد شريعة للمتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه، أو للأسباب التي يقررها القانون، ومن ثم لا يعتد بتعديل فيه يستقل به أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة، كما يحق لأي من طرفيه الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به إعمالا لنص المادة ١٦١ من القانون المدني.

(جلسة ١٩٩٠/١٢/١٧ الطعن ٢٣٢٤ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٩٠/٦/٢٨ الطعن ٤٨٨ لسنة ٥٧ق س٤١ ص١٠٤٠).

ب- متى كان البيع الصادر قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ قد وقع طبقا لاحكام القانون المدني فانه يبقى صحيحا بعد صدور قانون الاصلاح الزراعي ويظل ملزما لعاقديه ولو كان من شأنه أن يجعل المتصرف إليه مالكا لأكثر من الحد المقرر وتخضع الزيادة في هذه الحالة لاحكام الاستيلاء لدى المتصرف إليه، ومن ثم فأنه لا يترتب على بلوغ ملكية المشترى الحد الأقصى للملكية المقرر في قانون الاصلاح الزراعي وجوب رد هذه الأطيان الزائدة إلى البائعين.

(جلسة ١٩٦٩/١٢/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص١٢٨٩)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص٦١٢)

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضي، فلا يجوز لهذا أن ينقض عقداً صحيحاً أو يعدله بدعوى أن النقض أو التعديل تقتضيه العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها. ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أي من المتعاقدين، فإن العقد وليد إرادتين، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة.

هذا هو الأصل. ومع ذلك يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقررها القانون.

فيكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً، إما باتفاقهما على ذلك عند النقض أو التعديل، أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما. والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد هي ذاتها التي تطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو في تعديله.

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون. فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها، كالوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل. وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد نزولاً عند اعتبارات عادلة، كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي (م٢٢٤)، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة (م٣٤٦)، وفي جواز الرجوع في الهبة (م٥٠٠)، وفي جواز تعديل أجر الوكيل (م٧٠٩)، وفي جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة التي سنتناولها بالبحث بعد قليل[1].

٤١٣ – ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية: كان المشروع التمهيدي للقانون الجديد ينص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي: «فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل. وبهذا يجمع المشروع بين معيارين: أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد وقد اختاره التقنين الفرنسي، والآخر مادي يعتد بعرف التعامل وقد أخذ به التقنين الألماني»[2]. ومن ثم نرى أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، عند ما حذفت المعيار الثاني الخاص بنزاهة التعامل من المشروع النهائي، قد استبقت في

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي: «العقد شريعة المتعاقدين، ولكنه شريعة اتفاقية، فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحاً، والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله، بل ولا يجوز ذلك للقاضي، لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء العاقدين. فلا يجوز إذن نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي عاقديه – ويكون هذا التراضي بمثابة عقد جديد – أو لسبب من الأسباب المقررة في القانون، كما هو الشأن في أسباب الرجوع في الهبة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧٩ – ص٢٨٠).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٨.

الواقع المعيار الذاتى دون المعيار المادى. أما ما ذكرته فى تقريرها من أنها حذفت العبارة التى تقرر المعيار المادى «لأن فى عموم تعبير حسن النية (وهذا هو المعيار الذاتى) ما يغنى عنها»[1] فغير صحيح، لأن المعيار الذاتى لا يغنى عن المعيار المادى. لذلك يجب، بعد هذا التعديل، الاقتصار على المعيار الذاتى، وهو معيار حسن النية.

فالقاضى عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقديقتضى منهما أن ينفذاه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ذلك أن حسن النية هو الذى يسود فى تنفيذ جميع العقود. ولم يعد هناك، كما كان الأمر فى القانون الرومانى، عقود حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) وعقود رائدها حسن النية (contrats de bonne foi) بل العقود جميعها فى القانون الحديث قوامها فى التنفيذ حسن النية[2].

ويرتب القضاء الفرنسى على وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد أن المقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن[3]، وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة إلى صاحبها[4].

ويجزى القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان فى عدم تنفيذه للعقد حسن النية (م٣٤٦ فقرة ٢). ويجازى سوء النية فى عدم تنفيذ العقد، فيلزم المدين فى المسئولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذى كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين فى عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً (م٢٢١ فقرة ٢) وهذا وذاك ينمان عما وراءهما من قاعدة مستترة تنهى عن الغش وتأمر بحسن النية فى تنفيذ العقد.

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية فى التنفيذ فى صورة التزام بالتعاون، وهو التزام يقضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه فى تنفيذ العقد. ففى عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء فى تنفيذ العقد أمر ملحوظ، حتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا الواجب (م٥٣٠ – ٥٣١ من القانون المدنى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٩٠.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «ويستخلص مما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين، فليس ثمة عقود تحكم فيها المبانى دون المعانى كما كان الشأن فى بعض العقود عند الرومان، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٨) – وتقول الأساتذة بلانيول وبولانجيه فى وسيطهم (جزء ٢ فقرة ٤٥٥ – فقرة ٤٥٧) إن القاضى كما يمنع التدليس (dol) فى تكوين العقد، كذلك يمنع الغش (fraude) فى تنفيذه. والتدليس والغش شئ واحد يتخذ اسمين مختلفين، فهو تدليس عند تكوين العقد، وهو غش عند تنفيذه.

(٣) نقض فرنسى فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ ص٧٧.

(٤) نقض فرنسى فى ٣١ يناير سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧–١–٤٢٠.

الجديد والمادة ١٨٧١ من القانون المدنى الفرنسى). وفى عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما فى وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع (قانون ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ فى فرنسا: م١٧ و١٩ و٢١). ويقضى واجب التعاون على الناشر أن يخطر المؤلف عما تم فى بيع كتابه. وعلى المشترى أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع فى وقت ملائم (م٤٤٠ جديد). وإذا كشف عيباً فى المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به فى خلال مدة معقولة (م٤٤٩). ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة (م٥٧٠). ويجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائى والغاز والتليفون والراديو وما إلى ذلك، فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لإتمام شئ من ذلك جاز للمستأجر أن يقتضى منه هذا التدخل (م٥٨١). ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يعتدى أجنبى بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها (م٥٨٥). وعلى الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة (م٧٠٥). وعلى أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م٧١٧)[1].

ويمكن القول بوجه عام إن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغنى فى بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق. فإن المتعاقد الذى يحيد عن حسن النية فى المطالبة بحقه يكون مسئولاً على أساس المسئولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدى من وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد، قبل أن يكون مسئولاً على أساس المسئولية التقصيرية للتعسف فى استعمال الحق[2].

٢ – نظرية الحوادث الطارئة(*)

(Théorie de l'imprévision)

٤١٤ – النصوص القانونية: نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

(١) الدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص٣٩١ – ص٣٩٩. وقد أورد تطبيقات كثيرة لفكرة التعاون.

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٤٥٥ – فقرة ٤٥٧.

(*) **بعض المراجع:** برينيه (Brunet) رسالة من أكس سنة ١٩١٧ – سان مارك (Saint-Marc) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ – جيليت (Gueulette) رسالة من باريس سنة ١٩١٩ – مورى (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ – ردوان (Radouant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ – فيوت (Fyot) رسالة من ديجون سنة ١٩٢١ – بريزان (Bruzin) رسالة من بوردو سنة ١٩٢٢ – فوارات (Voirin) رسالة من نانسى سنة ١٩٢٢ – لا بيير (Lapeyre) رسالة من بواتييه سنة ١٩٢٣ – مانيان دى بورنييه (magnan de Bornier) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٢٤ – =

«ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك»(١). وهذا نص مستحدث لم يكن له نظير في القانون القديم.

=ديجونكير (Desjonquères) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ – جاكمار (Jacquemard) رسالة من الجزائر سنة ١٩٢٨ – أوفرني (Auverny) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ – حامد زكي رسالة من باريس سنة ٩٣٠ (في القانون الإنجليزي) – دي جودان دي لاجرانج (De Gaudin de Largrange) رسال من مونبلييه سنة ١٩٣٥ – بارير (Barreyre) رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ – فولا (Foula) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – زاكساس (Zacksas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ – مقال للأستاذ عبد الفتاح السيد بك في مجلة مصر المعاصرة السنة الثانية والثلاثون ص٦٤٩ وما بعدها (ويشير فيها إلى قرارات مؤتمر باريس الدولي في سنة ١٩٣٧).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إن اقتضت العدالة ذلك». وأضافت لجنة المراجعة كلمة «عامة» بعد عبارة «حوادث استثنائية»، والمراد بإضافة هذا الوصف أن الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء. وحذفت اللجنة العبارة الأخيرة من المادة وهي «إن اقتضت العدالة ذلك» على أن يحل محلها عبارة «تبعاً للظروف» توضع بعد عبارة «جاز للقاضي». وأضافت في آخر النص عبارة «ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك». وأصبح رقم المادة ١٥١ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة كما وردت في المشروع النهائي. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل في إيضاح النص إن الحوادث الاستثنائية العامة تنصرف إلى ما كان عاماً من هذه الحوادث كالفيضان والجراد، ولا تنصرف إلى الحوادث الفردية – كحريق المحصول مثلا – ولا يعد انتشار الدودة حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع. وقيل أيضاً إن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد. وذكر أن المشروع قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصيغة وبذلك غاير القانون البولوني الذي أخذ عنه نص المادة لأن هذا التقنين قد أخطأ التوفيق في هذا الصدد إذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول بأسره في بعض ما ساق من تطبيقات فخلط بذلك بين العلة والمعلول. وقيل كذلك إن استعمال القاضي للرخصة في إنقاص الالتزام المرهق خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التي تبيح استعمال هذه الرخصة. ولما اعترض على عبارة «ينقص الالتزام المرهق» لأن القاضي قد يرى زيادة الالتزام المقابل لا إنقاص الالتزام المرهق كان الرد أن الإنقاص غير مقصود به الإنقاص المادي وإنما قصد به التعديل وينصب دائماً إلى عبء الالتزام، فاستعاضت اللجنة عن عبارة «ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول» بعبارة «يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول». ثم قام اعتراض على النص في ذاته بدعوى أنه يخرج القاضي عن وظيفته، إذ أن وظيفته هي تفسير إرادة المتعاقدين لا تعديل هذه الإرادة، وبدعوى أن النص يثير مشاكل ومنازعات تهدد المعاملات لأن أقل حادث سياسي قد يترتب عليه تارة رفع الأسعار وأخرى انهيارها =

٤١٥– وضع النظرية: ونظرية الحوادث الطارئة تفترض الوضع الآتي: «عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال، كعقد توريد، ويحل أجل التنفيذ، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن في الحسبان، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً. وليكن الحادث خروج السلعة التي تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، فيرتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار. فهل يؤخذ المدين في هذه الحالة بتنفيذ التزامه مهما بلغت الخسارة؟

لو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، لكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام. أو لو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الإلتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة، لما كان له من أثر، فالتاجر يكسب ويخسر، وكل من المكسب والخسارة أمر متوقع. ولالتزم المدين بتنفيذ التزامه كاملا. ولكنا نفرض فيما قدمناه أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلاً، ومن جهة أخرى صار مرهقاً يهدد التاجر بخسارة تخرج عن الحد المألوف. ثم أننا نفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد، بل جد عند تنفيذه(١). فماذا يكون الحكم؟ تقول نظرية الحوادث الطارئة: لا ينقضي التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه، يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق.

هذه هي نظرية الحوادث الطارئة. وتراها وهي تقوم في مرحلة تنفيذ العقد تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان في مرحلة تكوين العقد(٢). فهي مثل نظيرتيها تصلح اختلال التوازن: هاتان يصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي أثناء تكوين العقد، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد. على أن

=فأجيب على هذه الاعتراضات بأن القاضي يحكم طبقاً لقواعد العدالة عندما لا يجد نصاً في العقد وهو في هذا يعمل في حدود وظيفته. وبعد مناقشة لم تر اللجنة الأخذ بهذه الاعتراضات، وأقرت النص تحت رقم المادة ١٤٧. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧٨ – ص٢٨٦).

(١) فلو أن الالتزام نشأ في ذمة المدين مرهقاً فادحاً منذ تكوين العقد، كمن يتعهد بحفر بئر تبلغ تكاليف حفرها أضعاف ما قدره (دي باج فقرة ٥٧٤ ص٤٩١)، لبقينا في دائرة تكوين العقد ولم نخرج إلى مرحلة تنفيذه، ولكان علينا أن نلتمس العلاج في عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو نحو ذلك.

(٢) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «فيلاحظ أولا أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الإجمال إلا بسطة في نطاق نظرية الاستغلال. فالغبن إذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقاً له (وهي حالة الحادث غير المتوقع) لا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام. فقد يكون سبباً في بطلانه أو في انتقاصه على الأقل». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨١).

اختلال التوازن فى نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأى من المتعاقدين ومن ثم تتوزع تبعته بينهما. وفى النظريتين الأخريين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوى من المتعاقدين للضعيف منهما، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن[1].

ونظرية الحوادث الطارئة لها تطور معروف، وقد أخذ بها القانون المدنى الجديد نظرية عامة وطبقها تطبيقاً تشريعياً فى حالات معينة. فنحن نتكلم: (أولا) فى التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة. (ثانياً) فى نظرية الحوادث الطارئة فى القانون المدنى الجديد.

١ – التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة

٤١٦ – النظرية فى العصور الوسطى: لما كانت نظرية الحوادث الطارئة ذات جانب أدبى بارز، فهى تسعف المتعاقد المنكوب عندما يختل التوازن الاقتصادى للعقد، فإن ظهورها لا يستغرب فى القوانين المشبعة بالروح الدينية، ظهرت فى العصور الوسطى فى القانون الكنسى، ولها أثر ملحوظ فى الفقه الإسلامى[2].

فقد كان رجال الكنيسة فى العصور الوسطى يرتبون على الحوادث الطارئة التى تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين أثراً قانونياً. فهناك غبن يقع على المدين المرهق، والغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أو جد عن تنفيذه. إذ هو ضرب من الربا المحرم لا يحل أكله وهو إثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق. وقامت الصياغة الفنية للنظرية فى القانون الكنسى على أساس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus). فالعقد يفترض فيه شرط ضمنى هو أن الظروف الاقتصادية التى عقد فى ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير

(١) وتعين نظرية الظروف الطارئة على التوازن ما بين التنفيذ العينى للعقد وتنفيذه من طريق التعويض ففى تنفيذ العقد من طريق التعويض لا يلتزم المدين إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. وها نحن، بفضل نظرية الظروف الطارئة، نقرر ما يقرب من ذلك فى التنفيذ العينى، فيلتزم المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى تنفيذاً عينياً إلا بالقدر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وما زاد هذا القدر المتوقع فلا يتحمل تبعته كاملة. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتى: «ويلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينياً وتنفيذه من طريق التعويض. إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ (من المشروع التمهيدى وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من القانون الجديد) بأن المدين لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. ويجوز بفضل هذه النظرية أن يقتصر التنفيذ العينى إلى حد بعيد عما كان فى الوسع أن يتوقع عقلاً وقت انعقاد العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٢).
هذا وتختلف نظرية الظروف الطارئة ومعها نظرية الاذعان عن نظرية الاستغلال فى أن نظرية الاستغلال ذات معيار شخصى: استغلال هوى جامح أو طيش بين. أما نظريتا الحوادث الطارئة والإذعان فلهما معيار مادى: حادث طارئ عام واحتكار لسلعة أو مرفق.

(٢) أما فى القانون الرومانى فلا نسمع لها صدى إلا فى أقوال الفلاسفة من أمثال شيشيرون (Cicéron) وسينيك (Sénèque).

تغيراً جوهرياً. فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغيير المفاجئ فى الظروف الاقتصادية.

وسلم رجال الفقه الإسلامى بنظرية الحوادث الطارئة فى بعض العقود، وبخاصة فى عقد الإيجار. فينفسخ الإيجار بالعذر فى مذهب الحنفية، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ فى الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر[1].

٤١٧ – النظرية فى القانون الحديث – اندثارها فى القانون الخاص: ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضى إلى العقد فينال من قوته الملزمة، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضاء الآخر، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدى المدنيين من رجال القانون الفرنسى القديم، واندثرت بعد ذلك أمام النظرية المعارضة، نظرية القوة الملزمة للعقد. وثبت القانون المدنى الحديث على هذا الموقف، فلم يقر النظرية لا فقهاً – على خلاف فى الرأى – ولا قضاء.

أما فى الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء، وحاولوا أن يجدوا لها سنداً فى المبادئ العامة للقانون المدنى. فقيل إن النظرية تقوم على أساس المبدأ القاضى بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تكن فى حسبانه[2]. ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضى بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه، لا أن يعدل القاضى هذا الاتفاق، فينفتح الباب واسعاً للتحكم – وقيل إن النظرية تفسر فى ضوء المبدأ القاضى بأن المدين فى التزام تعاقدى

(١) البدائع ٤ ص١٩٧ – والعذر إما أن يرجع للعين المؤجرة كما استأجر حماماً فى قرية مدة معلومة، فنفر الناس ووقع الجلاء، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص٤٦٣). وإما أن يرجع للمؤجر، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة، فيجعل الدين عذراً فى فسخ الإجارة، وكذلك لو اشترى شيئاً فآجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص١٩٨ – ص١٩٩ – الفتاوى الهندية ٤ ص٤٥٩ – ص٤٦٣). وإما أن يرجع العذر للمستأجر، نحو أن يفلس فيقوم من السوق، أو يريد سفراً، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص١٩٧)، وكما إذا كانت الإجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض، أو كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعاً، تنتقض الإجارة من غير نقض، كما لو استأجر إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة أو لقلع السن عند الوجع، فبرأت الأكلة وزال الوجع، تنتقض الإجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص٤٥٨ – ابن عابدين ٥ ص٧٦).
ونظرية العذر فى الفقه الإسلامى – كما نرى – واسعة. وقد وضع الفقهاء للعذر معياراً مرناً، فقال ابن عابدين (جزء ٥ ص٧٦): «والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ». فالنظرية تنتظم ما يعتبره القانون الحديث قوة قاهرة، وما يعتبره حوادث طارئة، وما يعتبره دون هذه وتلك. قارن أيضاً تصقيع الحكر (عقد الإيجار للمؤلف فقرة ١٦١ ص٢٠٩).

(٢) ريبير فى القاعدة الأدبية فقرة ٨٤ وما بعدها – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦.

لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيماً لم يكن متوقعاً وقت التعاقد[1]. ويرد الخصوم بأن هذا الحكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين، لا عند تنفيذه كما هى الحال فى نظرية الحوادث الطارئة – وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب، فالقاضي بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين[2]. ويرد على ذلك بأن الدائن لم يثر بلا سبب، بل إن هناك سبباً لإثرائه هو العقد – وقيل إن نظرية السبب تصلح سنداً إذ متى التزم المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إنقاصه. ولكن نظرية السبب لا تشترط وجود التعادل الاقتصادى ولا استمراره إذا وجد، وإلا لكان الغبن سبباً فى بطلان العقد – وقيل أخيراً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى مبدأ التعسف فى استعمال الحق، فالدائن يتعسف فى استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها. ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد بتراخي التعاقد إلى مدة من الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف، فإذا هى تغيرت وطالب بحقه الذى تعاقد من أجله كان متبصراً لا متعسفاً[3] – ثم تقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع. فإذا جدت أحوال لتقتضى تدخل المشرع، عولجت بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة. وهذا ما فعله المشرع فى مصر وفى فرنسا على أثر الحربين العالميتين فى تأجيل الديون (moratorium)، وفى عقود الإيجار، وفى تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية، وفى بعض العقود التجارية[4].

أما القضاء المدنى فلم يقر النظرية، لا فى فرنسا ولا فى مصر.

وقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر حيث كان متفقاً أن تروى مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية تافهاً كل التفاهة[5]. وأبت أيضاً أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية فى فرنسا بالاقتراع، ثم زيد عدد الجيش إلى النصف تقريباً مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالاً، فزاد الخطر الذى تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارئ[1].

والقضاء المصرى، فى ظل القانون القديم، كالقضاء الفرنسى لم يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة. وقد اضطرد القضاء المختلط فى هذا المعنى فعنده أن الالتزام لا ينقضى إلا إذا صار تنفيذه مستحيلاً، أما إذا كان التنفيذ ممكناً فإنه يجب القيام به حتى لو كان مرهقاً للمدين[2]. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم أخير بأن التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة، فلا يجوز الاحتجاج بها للتخلص من الالتزام[3].

والقضاء الوطنى أيضاً لم يقر نظرية الحوادث الطارئة. وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بالنظرية فى حكم لها معروف، ثبت فيه من وقائع القضية أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من «الذرة العويجة» بسعر معين، فورد بعض ما تعهد به، ثم طالبته المصلحة بتوريد جزء آخر، فامتنع بعد أن ارتفع سعر هذا الصنف من الأذرة على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنيهين وربع إلى ما فوق الخمسة الجنيهات. وقد قررت المحكمة فى حكمها: «أنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلاً استحالة مطلقة لحادث قهرى، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف. فإذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تخل بتوازنها فى العقد إخلالاً خطيراً، وتجعل التنفيذ مرهقاً لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال، فإنه يكون من الظلم احترام العقد فى مثل هذه الظروف، ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب. وإن نظرية الطارئ بما لم يكن فى حسبان المتعاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبرى، إذ أن هذه تتطلب

(١) قارن بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص٥٤٤.

(٢) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص٥٥٥.

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٤٦٢.

(٤) أنظر قانون فايو (Faillot) الصادر فى فرنسا فى ٢١ يناير سنة ١٩١٨ – وراجع فى التشريع الفرنسى بعد الحرب العالمية الثانية مذكرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه للأستاذ موران (Morin) – وأنظر فى اقتصار المشرع على التدخل عند الاقتضاء فى حالات استثنائية الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ٣٢٩ ص٤١٥ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٥٨ – فقرة ٣٥٩ – وأنظر عكس ذلك فى وجوب تدخل المشرع بنص عام يقرر النظرية فى جملتها الدكتور حامد زكي (باشا) فى رسالته فى الحوادث الطارئة فى القانون الإنجليزى ص٣٧٥ ونظرية العقد للمؤلف ص٩٧٦ هامش رقم ١.

(٥) نقض فرنسى فى ٦ مارس سنة ١٨٧٦ سيريه ١٨٧٦ –١–١٦١ – أنظر حكماً آخر فى أغسطس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣ –١–٤٦.

(١) نقض فرنسى فى ٩ يناير سنة ١٨٥٦ سيريه ٥٦–١–١٢٩– أنظر أيضاً أحكاماً رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة: نقض فرنسى فى ١٧ يونية سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ –١–١٠٩ – وفى ٦ يونية سنة ١٩٢١ وفى ٦ يونيه سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١–١–١٩٣.

(٢) استئناف مختلط فى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩م ١٢ ص٣٩ – ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣٦٨ – ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٥٥ – ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٠٢ – ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٦٠ – ٧ يونيـة سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤١٤ – ٧ يونيـة سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤١٦ – ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص١٥٧ – ٧ مايو سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٣٠٨ – ٨ مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٢٦ – ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٧٩ – ٦ يونية سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٤٦٨– ١٣ يونية سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٤٨١ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص١١٢ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٣٥ – ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٥٣ – قارن استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص٥١ – ٤ مارس سنة ١٩٢٥ (مشار إليه فى رسالة الدكتور حامد زكى (باشا) ص١٤٠ – ص١٤١).

(٣) ٢ يونية سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص١٣٣.

لأجل أن تتحقق استحالة التنفيذ كلية، وتلك تتطلب استحالة نسبية، أو بالأحرى ظرفاً يجعل التنفيذ أفدح خسارة وأعظم إرهاقاً للمدين. وإن الروح التى أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الإفراط فى استعمال الحق مع عدم وجود نصوص فى القانون خاصة بهما هى نفسها التى تملى نظرية احترام الظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد، وقد أخذ بتطبيقاتها فى نظرة الميسرة وفى الضرر غير المتوقع»(١). ونرى من ذلك أن محكمة الاستئناف أسندت النظرية إلى مبادئ العدالة، وقرنتها بنظريتى الإثراء بلا سبب والتعسف فى استعمال الحق من بحث أن النظريات الثلاث لم ترد فيها نصوص فى القانون القديم ومع ذلك أخذ القضاء بها. ولكن هذا الحكم الفذ ما لبث أن نقضته محكمة النقض. وقد قررت هذه المحكمة فى حكمها: «أنه لا ينقضى الالتزام العقدى بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لطروء حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه، فإن كان الحادث الطارئ لا يبلغ أن يكون كذلك، بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب، فلا ينقضى الالتزام. وإذن فالحكم الذى يقرر المساواة بين هاذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ فى كليهما، زعماً بأن القانون المصرى، وإن لم يقرر نظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وإن جعل التنفيذ مرهقاً للمدين، إلا أنه قد أباح الأخذ بها فى بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الإنصاف إلى ذلك، وبأن فى نظريتى الإثراء على حساب الغير والإفراط فى استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر – الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه، لأن الشارع وإن كان قد أخذ بنظرية حساب الطوارئ فى بعض الأحيان، إلا أنه قد استبقى زمامها بيده، يتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة، وبالقدر المناسب، ولمصلحة العاقدين كليهما، فما يكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه»(٢). ويلاحظ أن محكمة النقض أبت الأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كسبب لانقضاء الالتزام، لا لرده إلى الحد المعقول، وعلى أساس أن نصوص القانون المدنى القديم تتعارض مع إقرار النظرية. فهى إذن لا تأبى أن يوضع للنظرية نص تشريعى عام يجعل الجزاء إنقاص الالتزام لا انقضاءه. بل هى تصرح بذلك فى الحكم. فهى إذ تقول: «ومن حيث إنه وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعفو والإحسان، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها، فيكون عليها هى وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها، وتحديد ما ينبغى على قاضى الموضوع اتخاذه من الوسائل القانونية فى حق العاقدين كليهما توزيعاً للغرم بينهما». وقد رأينا أن القانون المدنى الجديد قد سد هذا النقض، وأتى بالتشريع الذى كانت محكمة النقض تبتغيه.

(١) استئناف مصر الوطنية فى ٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤١ ص٦٣ – وانظر تعليقاً للدكتور حامد زكى (باشا) فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية.

(٢) نقض مدنى فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص٥٢.

ومهما يكن من أمر، فإن القضاء الوطنى بقى، فى ظل القانون القديم، عند موقفه من نظرية الحوادث الطارئة. فقضت محكمة استئناف أسيوط بأنه ليس للمحاكم فى مصر أن تأخذ بنظرية الطوارئ، بل عليها أن تحكم بتنفيذ العقود كما هى وتفسيرها، لا إدخال أى تعديل فى الشروط المتفق عليها بين الطرفين(١). وعادت محكمة النقض إلى رفض النظرية مرة أخرى، فقضت بأنه «ليس فى أحكام القانون المدنى (القديم) ما يسوغ للقاضى نقض الالتزامات التى يرتبها العقد، بل إن هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين. ولئن كان هذا القانون فى المادة ١٦٨ قد أجاز للقاضى فى أحوال استثنائية أن يأذن فى الوفاء على أقساط أو بميعاد إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين، وأجاز له فى المادة ٥١٤ أن ينظر فى أجر الوكيل المتفق عليه وتقديره بحسب ما يستصوبه، فهذا وذاك استثناء من الأصل كان لابد لتقريره فى النص عليه. ثم إن ما كان من الشارع المصرى إبان الحرب العالمية الأولى وفى أعقابها وفى أثناء الحرب الثانية وعقب انتهائها من إصدار تشريعات مختلفة بوقف الآجال وإعطاء المهل والتدخل فى عقود الإجارة وتحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية – ذلك يدل على أنه أراد أن يستبقى بيده زمام نظرية الطوارئ، فيتدخل فيما شاء وقت الحاجة، وبالقدر المناسب، ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع هذه النظرية، بل عليه أن يطبق القانون كما هو. وعلى ذلك فالحكم الذى يرفض القضاء بفسخ العقد بالرغم من أن ظروف الحرب العالمية وطوارئها قد جعلت تنفيذ التزام العاقد عسيراً عليه مرهقاً له، لا يكون مخطئاً فى تطبيق القانون(٢)».

٤١٨ – ازدهارها فى القانون العام: على أن نظرية الحوادث الطارئة إذا كانت قد اندثرت فى القانون الخاص، فقد ازدهرت فى القانون العام. بدأت فى القانون الدولى العام شرطاً ضمنياً مفروضاً فى المعاهدات الدولية، فهى تنقضى بتغير الظروف (rebus sic stantibus)، على ما هو معروف فى هذا القانون.

ثم انتقلت من القانون الدولى العام إلى القانون الإدارى. وكانت الحرب العالمية الأولى هى المناسبة التى وافت مجلس الدولة الفرنسى للأخذ بها فى قضية معروفة، ثبت فيها أن شركة الغاز فى مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكاً للطن فى سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكاً فى سنة ١٩١٥. ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد(٣). ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإدارى فى هذا المعنى(٤).

(١) ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣٨ ص٦٨٣.

(٢) نقض مدنى فى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص٤٣٥.

(٣) مجلس الدولة الفرنسى فى ٣٠ يونية سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٦ –٣–١٧.

(٤) مجلس الدولة الفرنسى فى ٨ فبراير سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٤ –٣–٢– وفى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٣ –٣–٣٣– وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ –٣–١٠٨.

وقد أخذ القضاء الإدارى – دون القضاء المدنى – بنظرية الحوادث الطارئة لسببين:

(السبب الأول) أن الأقضية التى تعرض على القضاء الإدارى تتصل اتصالا وثيقاً بالصالح العام. ولذلك يحرص القضاء الإدارى على أن يوفق فى أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة. فإذا نظر قضية كقضية شركة الغاز التى أشرنا إليها، وجب أن يحسب حساباً للخدمة العامة التى تقدمها الشركة للجمهور، إذ هى تقوم بمرفق عام، فلا يجوز أخذها بالعنت وإلا أفلست، وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولا على حكم الحوادث الطارئة. أما القضاء المدنى فالكثرة الغالبة من أقضيته تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة. فليس أمامه هذا الاعتبار الذى يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية إلى ما تقتضيه المصلحة العامة.

(والسبب الثانى) أن القضاء الإدارى ليس مقيداً بنصوص تشريعية كالقانون المدنى. فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع، وتيسر له على كل حال أن يماشى تطور الظروف. أما القضاء المدنى فمقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف عنها إلا فى كثير من الجهد والمداورة. وهو يعرف القوة القاهرة، ويعرف أن أهم شرطا لها هو أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وإلا فإن الالتزام يبقى كما هو دون أن يعدل. فلا يسهل على القضاء المدنى أن يغير من هذه القواعد حتى يدخل شيئاً من المرونة على فكرة القوة القاهرة، ويتدرج بها من المستحيل إلى المرهق، ويجعل لكل منزلة حكمها. وحتى إذا كان هذا القضاء المدنى يختص بالنظر فى أقضية إدارية – كما كانت الحال فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة، بل كما هى الحال الآن إذ القضاء المدنى فى مصر لا يزال مختصاً بالنظر فى أقضية إدارية مشتركاً فى ذلك مع مجلس الدولة – فإنه ينزع إلى تطبيق نصوص القانون المدنى على هذه الأقضية الإدارية. وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية فى قضية توريد الأذرة إلى مصلحة الحدود وهى القضية التى سبقت الإشارة إليها. فقد كان من حق محكمة النقض بل من واجبها – والقضية التى تنظرها قضية إدارية – أن تسير وراء مجلس الدولة فى فرنسا فتأخذ بنظرية الحوادث الطارئة. ولكنها سارت وراء محكمة النقض الفرنسية فلم تأخذ بها.

وقد جد فى مصر، لمصلحة تطبيق نظرية الحوادث الطارئة، أمران: (أولهما) إنشاء القضاء الإدارى، وهو أكثر استعداداً لقبول هذه النظرية من القضاء المدنى. (والثانى) ظهور القانون المدنى الجديد، وقد وجد فيه القضاء المدنى ذاته النص الذى كان يتلمسه للأخذ بالنظرية.

٤١٩ – ظهورها أخيرا فى القانون الخاص: ومن ثم أخذت نظرية الحوادث الطارئة تنتعش فى السنين الأخيرة، حتى فى دائرة القانون الخاص. فبدأت تظهر فى التقنينات

الحديثة. ظهرت فى قانون الالتزامات البولونى، ثم فى القانون المدنى الإيطالى الجديد، ثم فى القانون المدنى المصرى الجديد[١].

أما قانون الالتزامات البولونى فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام فى نظرية الحوادث الطارئة. فقد نص فى المادة ٢٦٩ على ما يأتى: «إذا جدت حوادث استثنائية، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد، جاز للمحكمة، إذا رأت ضرورة لذلك، تطبيقاً لمبادئ حسن النية، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام، أو أن تحدد مقداره، بل وأن تقضى بفسخ العقد».

ثم تلى قانون الالتزامات البولونى القانون المدنى الإيطالى الجديد، فنص فى المادة ١٤٦٧ على ما يأتى: «فى العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدورى أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد. وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة».

وثالث التقنينات الحديثة التى اشتملت على نص عام فى نظرية الحوادث الطارئة هو القانون المدنى المصرى الجديد. وقد مر بنا النص الذى وضعه لهذه النظرية فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧.

ونرى من ذلك أن نظرية الحوادث الطارئة أخذت تسلك طريقها إلى التقنينات الحديثة، وأن ثلاثة من أحدث هذه التقنينات أوردت نصاً عاماً يقررها[٢].

(١) أنظر فى هذه النظرية فى القانون الإنجليزى مقالا للأستاذ ليفى أولمان فى حوليات القانون التجارى سنة ١٩٢١ ص٢٧٩ وسنة ١٩٢٢ ص٤١ – ورسالة الدكتور حامد زكى (باشا) فى نظرية الحوادث الطارئة فى القانون الإنجليزى باريس سنة ١٩٣٠.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى: «وقد استحدث المشروع... حكما بالغ الأهمية، إذ استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التى تحجر على القضاء تعديل العقود. وقد بادر القضاء الإدارى فى فرنسا إلى قبول هذا المبدأ، ومضى فى هذا السبيل قدماً مخالفاً فى ذلك ما جرى عليه القضاء المدنى. ولما طرح الأمر على محكمة النقض المصرية اختارت مذهب القضاء المدنى فى فرنسا، فلم تر الأخذ نظرية الطوارئ غير المتوقعة، وألغت فى هذه المناسبة حكما أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا الرأى. وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولونى (م٢٦٩) فيما أورد من أحكام تشريعية فى هذا الشأن، إلا أنه تقدم على هذا التقنين من ناحيتين:
(أ) فيراعى من ناحية أنه رسم فى وضوح ما يفرق بين حالة الطوارئ غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة من حدود. ففى الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى على حد تعبير المشروع مرهقاً يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلاً، ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هى التى تتحقق فيها هذه الاستحالة.
(ب) ويراعى من ناحية أخرى أنه قنع فى تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه، دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصبغة، إذ جمع بين الحرب والوباء، وبين هلاك المحصول بأسره، فى بعض ما ساق من تطبيقات، فخلط بذلك بين العلة والمعلول» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٢٨٠).

ب- نظرية الحوادث الطارئة فى القانون المدنى الجديد

٤٢٠- شروط تطبيق النظرية: لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة، نبسطها فيما يلى، ولم يأخذ القانون المدنى الجديد بالشرط الأول منها:

(أولا) **أن يكون العقد الذى تثار النظرية فى شأنه متراخيا**: ذلك أن طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وقت التعاقد – وهذا هو الأساس الذى تقوم عليه النظرية – يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه(1). على أن العقد إذا كان غير متراخ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية. ولهذا آثر القانون المصرى – مقتدياً فى ذلك بالقانون البولونى – أن يسكت عن شرط التراخى فهو شرط غالب، ولا شرط ضرورى. أما القانون الإيطالى فقد نص على الشرط، بل عدد أنواع العقود التى تطبق فيها النظرية، فهى العقود ذات التنفيذ المستمر أو ذات التنفيذ الدورى (وهذه هى العقود الزمنية التى مر ذكرها) والعقود ذات التنفيذ المؤجل. وتجتمع هذه العقود فى أن هناك فاصلاً زمنياً ما بين صدور العقد وتنفيذه، فهى عقود متراخية(١).

(١) أنظر الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص١٦٣ – ص١٦٦ – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص٥٥٥ – هذا ويجب استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة فى البورصة لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص٥٥٦).

(1) أ- لا يشترط فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى، أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ، بل يكفى وجود التزام على أحد العاقدين متراخى التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ ثم صار مرهقاً للمدين دون ما اعتبار يكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا كذلك.

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢١ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص٣٤٧)

ب- فى حال اعمال الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مقسطا يجب على القاضى ألا يعمل الجزاء المنصوص عليه فى هذه الفقرة إلا بالنسبة للقسط أو الاقساط التى يثبت له أن أداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة، أما باقى الأقساط المستقبلة فأن القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا لزوال أثر هذا الطارئ عند استحقاقها ويكون شأن الاقساط فى ذلك شأن الاداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة، كما أنه لا يجوز اعمال حكم الظروف الطارئة على الاقساط التى تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين فى الوفاء بها حتى وقوع الحادث، ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعا إلى خطأ المدين.

(١٩٦٤/٣/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص٤٠٩).

(١٩٦٣/١/٣ الطعن ٢٦٣ لسنة ٢٦ق السنة ١٤ ص٣٧)

(١٩٦٢/١٢/٢٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص١١٧٩)

(ثانيا) **أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة**: مثل ذلك زلزال، أو حرب، أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية، أو إلغاؤها، أو ارتفاع باهظ فى الأسعار، أو نزول فاحش فيها، أو استيلاء إدارى، أو وباء ينتشر، أو جراد يزحف أسراباً. ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لابد أن تكون استثنائية يندر وقوعها(1). ولم يأت النص المصرى بأمثلة، تاركا ذلك للفقه والعمل. وكذلك فعل القانون الإيطالى. أما القانون البولونى فقد مثل الحوادث الاستثنائية بالحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكاً كلياً.

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المصرى الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون الحوادث استثنائية، كما فعل القانونان البولونى والإيطالى. ولكن لجنة المراجعة، رغبة منها فى تضييق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد، اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة. «والمراد بإضافة هذا الوصف – كما قيل فى اللجنة – أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس، كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض، أو غارة غير منتظرة للجراد، أو انتشار وباء»(١). ويتبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين – كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محصوله – لا تكفى لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة(٢).

(ثالثاً) **أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس فى الوسع توقعها**: فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة، ففيضان النيل (إلا إذا كان فيضاناً استثنائياً)، واختلاف سعر العملة(٣)، وانتشار دودة القطن، كل هذه حوادث فى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٢.

(٢) أنظر ما دار من المناقشة فى هذا الصدد فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، وقد نقلناه فى تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ (أنظر آنفاً فقرة ٤١٤ فى الهامش – وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٣ – ص٢٨٤).

(٣) ومن ثم قضت المادة ١٣٤ من القانون الجديد بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر.

(1) مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى، أنه يشترط فى الحادث الطارئ أن يكون حادثاً استثنائياً عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث الطارئ عاما إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس والمعيار فى توافر ما اشترطه النص فى وصف الحوادث المشار إليها من أنها تلك التى لم يكن فى الوسع توقعها هو ألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصولها لو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما إذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه، وتقدير هذا الأمر هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة.

(جلسة ١٩٧٥/٣/٤ الطعنان ٥٨، ٦٥ لسنة ٤٠ق س٢٦ ص٥١٥)

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٧ الطعن ٩٨٠ لسنة ٥٢ق)

الوسع توقعها[1]. ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطاع دفعه، فإن الحادث الذى يستطاع دفعه يستوى فى شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع.

(رابعاً) **أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلا**: وهنا نرى الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة. فهما إذا كانا يشتركان فى أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، إلا أنهما يختلفان فى أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب[1]. ويترتب على هذا الفرق فى الشروط فرق فى الأثر. إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضى فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه[2]، أما الحادث الطارئ فلا يقضى الالتزام بل يرده إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث[3].

---

(١) أنظر ما دار من المناقشة فى هذا الصدد فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، وقد نقلناه فى تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧، وقد قيل فى هذه اللجنة وفى لجنة المراجعة إن انتشار الدودة لا يعد حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع، أما الفيضان العالى غير المنتظر أو غارة الجراد غير المنتظرة أو انتشار الوباء فهذه حوادث ليس فى الوسع توقعها (أنظر آنفاً فقرة ٤١٤ فى الهامش - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٢٨٢ - ص٢٨٤).

(٢) ولكن إذا كان العقد ملزما للجانبين، فالمدين الذى انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة يتحمل التبعة فى صورة أخرى، فهو إذا لم يتحمل تبعة عدم تنفيذ التزامه، إلا أن العقد ينفسخ، فيسقط الالتزام المقابل الذى كان فيه هذا المدين دائناً، فيتحمل المدين التبعة من هذه الجهة، وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى الفسخ.

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «ولما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها، فمن الأهمية بمكان أن نستبين وجوه التفرقة بين النظريتين. فالطارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم. ولكنه يفترق عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام. فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً، بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة. ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء. فالقوة القاهرة تفضى إلى انقضاء الالتزام وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة. أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقاص الالتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨١).

(1) نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على جميع العقود التي يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فان النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين وهى اصلاح ما أختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرأت خلال هذه الفترة وذلك برفع العنت عن المدين تمكينا من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير وهذا الارهاق كما يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية أو مستمرة يحدث كذلك فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ على أنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعاً إلى خطأ المدين إذ لا يجوز له أن يستفيد فى هذه

والإرهاق الذى يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف. فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر. وما يكون مرهقاً لمدين فى ظروف معينة قد لا يكن مرهقاً لنفس المدين فى ظروف أخرى. والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة. فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى، فإن التعامل مكسب وخسارة[1].

وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التى أبرم فى شأنها العقد. فلو أن المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة، كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته. نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد ما محل اعتبار فى تقدير الخسارة الفادحة، فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة، ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التى أصبحت مرهقة، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين. فإذا تعاقد الفرد مع الحكومة، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إليه، فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التى عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة فى ذاتها، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هي شئ هين بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة. بل إن الارهاق لا ينتفى حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها. فإذا التزم تاجر بتوريد قمح، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح، ثم علا سعر القمح لحادث طارئ أضعافاً مضاعفة، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها فى الصفقة التى أبرمها. أما المكسب الذى يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو،

= الحالة من تقصيره، كما أن هذه النظرية لا تنطبق على «عقود الغرر» إذ أنها تعرض بطبيعتها العاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة.

(جلسة ١٩٦٣/١/٣ الطعن ٢٦٣ لسنة ٢٦ق السنة ١٤ ص٣٧)

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٥ الطعن ١١٧ لسنة ٣١ق السنة ١٧ ص٢٨٧)

(جلسة ١٩٧٧/٣/١ الطعن ٥٨٠ لسنة ٤٣ق)

(1) لما كان نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى يستلزم فى الارهاق الذى يصيب المدين فى تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ، أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة فان الخسارة المألوفة فى التعامل لا يعتد بها.

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٧ الطعن ٢٥٩ لسنة ٢٨ق السنة ١٤ ص٣٤٧)

(جلسة ١٩٦٧/١٢/١٢ الطعن ٢٥٧ لسنة ٣٢ق السنة ١٨ ص١٨٦٠)

(جلسة ١٩٦٩/١١/١١ الطعن ٣١٧ لسنة ٣٥ق السنة ٢٠ ص١١٩٣)

(جلسة ١٩٧٧/٣/١ الطعن ٥٨٠ لسنة ٤٣ق)

ولا شأن للدائن به. ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين[(١)].

٤٢١ – الجزاء في نظرية الظروف الطارئة: إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر، «جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»[(٢)]. وكان المشروع النهائي للقانون الجديد ينص على أن القاضي «ينقص» الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولما كان الإنقاص لم يقصد به الإنقاص المادي وإنما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه، فقد رأت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ، توخياً للدقة في تحري هذا المعنى، أن تعدل نص المشروع النهائي، فيصبح على القاضي أن «يرد» الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[(٣)] [(1)]. وهذا التعديل قد أزال كل شك في أن القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه. فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضي إنقاص الالتزام المرهق، ولا زيادة الالتزام المقابل، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ. وقد يرى زيادة الالتزام المقابل. وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق.

قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير[(٤)]. مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار

(١) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص٥٥٦.

(٢) هذه هي العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني الجديد.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٤ – ص٢٨٦ – أنظر آنفاً فقرة ٤١٤ (في الهامش).

(٤) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦.

(1) أ– تعطي المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني القاضي رخصة يجريها عند توافر شروط معينة وتقصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدي الذي لم يتم تنفيذه إلى الحد المعقول إذا كان تنفيذه مرهقاً للمدين دون أن يكون له فسخ العقد أو اعفاء المدين من التزامه القائم أو الزام الدائن برد ما استوفاه منه. (جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٠ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٠ ص١٣٢٠).

ب– مفاد المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني أنه متى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ على القاضي سلطة تعديل العقد الذي صار مرهقاً إلى الحد المعقول، وهو حين يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن وحده، ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما باعتبار أن ذلك افراط في مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الذاتية للمدين، لان المشرع – وعلى ما أفصحت عنه – الاعمال التحضيرية للقانون – أضفى على نظرية الحوادث الطارئة صيغة مادية ولم يأخذ فيها بمعيار ذاتي أو شخصي، وانما جعل معيارها موضوعيا.

(جلسة ١٩٧٧/٣/١ الطعن ٥٨٠ لسنة ٤٣ق، س٢٨ ص٦٠٠)

(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٤ ص١٣٢٠)

(جلسة ١٩٧٠/٥/٥ الطعن ٥٣٢ لسنة ٣٥ق السنة ٢١ ص٧٨٧)

بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد، فيقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق، إذا لم يكن في هذا الموقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى[(١)].

وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق[(1)]. وقد ضرب لذلك مثل في لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ: «تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات، فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد[(٢)]». ولكن يلاحظ هنا أمران: (الأمر الأول) أن القاضي لا يرفع السعر الوارد في العقد إلى أربعة جنيهات، وإلا كان في ذلك تحميل للطرف الآخر، ليس فحسب تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله، بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف. والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يتحمله المدين، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف. فإذا فرضنا في المثل الذي نحن بصدده أن الارتفاع المألوف في سعر الشعير هو عشرون قرشاً، وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار دون أن يشترك معه فيه الطرف الآخر، وما زاد على ذلك – ويبلغ في مثلنا لثمانية وعشرين قرشاً – هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضي بين المتعاقدين، حتى يتحمل كل منهما نصيبه في الخسارة غير المتوقعة، فيصيب منه مائة وستون قرشاً. ويرفع القاضي السعر، ومقداره ستون، بنصف الزيادة غير المألوفة ومقداره مائة وستون، فيصل إلى

(١) قارب من ذلك نظرة الميسرة المنصوص عليها في المادة ٣٤٦ فقرة ثانية.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٥.

(1) مفاد نص المادة ٢/١٤٧، ٤/٦٥٨ من القانون المدني أنه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها ارتفاع اسعار المواد الاولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل، وكان ذلك بسبب حادث استثنائي غير متوقع عند التعاقد وترتب عليه أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا، فانه يكون للقاضي وبصفة خاصة في عقد المقاولة، فسخ العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق بما يؤدي إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

(جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤ الطعن ١٩٩ لسنة ٣٦ق س٢١ ص١١٤٨)

(جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٤ الطعن ٥٨٥ لسنة ٥٢ق)

– يتعين لاعمال اثر نظرية الظروف الطارئة اللجوء للقضاء

إذا كانت أجرة الطحن قد تحددت في التعاقد بمبلغ معين لطحن الاردب من الغلال فان الطرفين يكونان ملتزمين بهذا الاتفاق ولا يجوز للمؤجر أن يتخذ ذريعة للفسخ بارادته أن وزارة التموين قررت زيادة الأجر أو أن ظروفاً طرأت جعلت تنفيذ العقد مرهقا.

(جلسة ١٩٧٥/١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص٩٨)

– لا يجوز التمسك باعمال نظرية الحوادث الطارئة لأول مرة أمام محكمة النقض.

إذا لم يطلب الطاعن «المشتري» أمام محكمة الموضوع تطبيق الظروف الطارئة فلا يجوز له ابداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٦٨/٧/٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ ص١٢٣٩)

مائتين وعشرين. وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلا من السعر المتفق عليه. (والأمر الثانى) أن القاضى عندما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين، لا يفرض على الطرف الآخر أن يشترط بهذا السعر، بل يخيره بين أن يشترى به أو أن يفسخ العقد. فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين، إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ.

وقد يرى القاضى إنقاص الالتزام المرهق. مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية. ثم يقل المتداول فى السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارئ: حرب منعت استيراد السكر، أو إغلاق بعض مصانع السكر، أو نحو ذلك. فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع حلوى جميع الكميات المتفق عليها. فيجوز فى هذه الحالة للقاضى أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذى يراه، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول. فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التى عينها القاضى لا أكثر، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين. فيجوز لمصنع الحلوى أن يتقاضى الالتزام عيناً أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة. ويجوز له كذلك، إذا امتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض.

ويلاحظ فى حالتى إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضى لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف. فقد يزول أثر الحادث الطارئ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل[1].

وإذا جاز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل، فإنه لا يجوز له فسخ العقد. ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن «يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول». فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضى، ولكن يرد إلى الحد المعقول. فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[2]. أما القانون البولونى فقد أجاز للقاضى فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك، كما يتبين من نص المادة ٢٦٩ من هذا القانون وقد مر ذكرها. ويعالج القانون الإيطالى المسألة بطريقة أخرى. فهو يقضى – كما رأينا فى نص المادة ١٤٦٧ من هذا القانون – بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق، ولكن يجعل للمتعاقد الآخر الحق فى أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة. وقد أراد القانون الإيطالى بالطريقة التى اختارها أن يجعل تعديل العقد من

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص٥٥٨.

(٢) وقد قيل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ «إن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين، وليس إخلاء أيهما من التزامه، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة، لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٤ – وأنظر آنفاً فقرة ٤١٤ فى الهامش).

عمل المتعاقد لا من عمل القاضى، ولكنه يفرض عليه هذا التعديل عن طريق تهديده بفسخ العقد[1].

ويبقى أن نلاحظ فى شأن الجزاء الذى قرره القانون المصرى الجديد لنظرية الظروف الطارئة أمرين: (١) هو أنه مع مرونته يعتبر من النظام العام. فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه. وقد صرح النص بهذا الحكم إذ قال: «ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك[2]». (٢) أن مهمة القاضى فى توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته المألوفة. فهو لا يقتصر على تفسير العقد، بل يجاوز ذلك إلى تعديله[3].

٤٢٢ – تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة فى القانون الجديد: ولم يقتصر

(١) والجزاء الذى جعله القانون المصرى الجديد لنظرية الظروف الطارئة – وهو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول – هو كما نراه جزاء مرن يسر على القاضى أن يعالج كل حالة بحسب ظروفها الخاصة مع الموازنة بين مصلحة الطرفين. ولم يجعل القانون معيار النظرية ذاتياً، بل جعله معياراً موضوعياً يحد من تحكم القاضى. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة، فهى تستهدف للنقد باعتبارها مدخلاً لتحكم القاضى. بيد أن المشروع قد جهد فى أن يكفل لها نصيباً من الاستقرار، فأضفى عليها صبغة مادية يتجلى أثرها فى تحديد الطارئ غير المتوقع وفى إعمال الجزاء الذى يترتب على قيامه. فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء يقدره تقديراً ذاتياً أو شخصياً، كما فعل القانون البولونى فى نصه على إثبات خيار المحكمة فى هذا الصدد إذا رأت ضرورة لذلك، بل اتخذ المشروع من عبارة «إن اقتضت العدالة ذلك»، (وقد استبدل بها فى لجنة المراجعة عبارة «تبعاً للظروف» وهى لا تقل فى الموضوعية) بديلاً من هذا النص. وهى عبارة تحمل فى ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعى النزعة. وفضلا عن ذلك فإذا ثبت القاضى من قيام الطارئ غير المتوقع، وعمد إلى إعمال الجزاء بإنقاص الالتزام الذى أصبح يجاوز السعة، فهو ينقص منه إلى «الحد المعقول»، وهذا قيد آخر مادى الصبغة لا نظير له فى التقنين البولونى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٠ – ص٢٨١).

(٢) وقد اقترحت هذه الإضافة فى لجنة المراجعة، وروعى فى إثباتها أن الجزاء قد يغدو صوريا لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه، فيستطيع المتعاقد القوى أن يملى شرط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه القانون الجديد بهذا النص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٢). وإذا كان القانون الجديد قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة (م٢١٧ فقرة أولى) ولم يبح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الطارئ وهو أقل خطراً من القوة القاهرة، فذلك لأن الاتفاق على تحمل المدين لتبعة القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطراً، أما الاتفاق على تحمل المدين لتبعة الحادث الطارئ فمغامرة قد تهون حالة الاضطرار الإقدام عليها.

هذا ويجوز للمدين المرهق، بعد وقوع الحادث الطارئ، أن يتفق مع دائنه على ما يخالف هذا الجزاء، إذ الاتفاق عندئذ لا يحاط بشبهة الضغط على المدين. فيجوز للمدين إذن أن ينزل عن حقه فى التمسك بالحادث الطارئ، وأن يتعهد بوفاء التزامه كاملا غير منقوص.

(٣) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ويراعى أخيراً أن تطبيق نظرية الطوارئ غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضى من حدود المألوف فى رسالته، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد، بل يجاوز ذلك إلى تعديله» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٨٢).

القانون الجديد على إيراد نص عام يقرر فيه نظرية الظروف الطارئة، بل أورد إلى جانب هذا النص العام نصوصاً أخرى تطبق النظرية في حالات خاصة.

ومن هذه النصوص نصان لم يستحدثهما القانون الجديد، بل كان القانون القديم يشتمل عليهما، نص في نظرة الميسرة(1)، والآخر في جواز تخفيض أجر الوكيل(2).

واستحدث القانون الجديد نصوصاً أخرى، سبقت الإشارة إليها، وهي تطبيقات صريحة لنظرية الظروف الطارئة. من ذلك ما نراه في عقد الإيجار(3)، وفي عقد المقاولة(4)، وفي حق الارتفاق(5).

---

(1) تنص المادة ٣٤٦ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه «يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم». وهذا النص قد يكون في بعض صوره تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة إذا وقف القاضي تنفيذ العقد لحادث طارئ، وقد مرت الإشارة إلى ذلك.

(2) تنص المادة ٧٠٩ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه «وإذا اتفق على أجر للوكالة، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي». وهنا أيضاً قد يكون هذا النص في بعض صوره تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة إذا جد بعد إبرام الوكالة حادث طارئ يبرر تخفيض أجر الوكيل أو زيادته.

(3) تنص المادة ٦٠٨ من القانون الجديد على أنه «إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً». وتنص المادة ٦٠٩ على أنه «يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة، على أن يراعي المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣، ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك». وتنص المادة ٦٠١ على أنه «إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم. وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة ٥٦٣ وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من موت المستأجر». أنظر أيضاً م٦١٦ فقرة ٢ في إيجار الأراضي الزراعية – ويلاحظ أن الحوادث الطارئة في هذه الحالات جميعها هي حوادث شخصية لا عامة.

(4) تنص المادة ٦٥٨ فقرة ٤ من القانون الجديد على أنه «إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد» – ويلاحظ هنا أن الحادث الطارئ هو حادث استثنائي عام، كما تقضي بذلك نظرية الحوادث الطارئة، ولكن النص أجاز للقاضي فسخ العقد على خلاف ما تقضي به هذه النظرية.

(5) تنص المادة ١٠٢٣ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه «إذا كان الموضع الذي عين أصلاً (لاستعمال حق الارتفاق) قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك. كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في

وهذه الحالات الخاصة يجب أن تخضع للنصوص التشريعية التي وردت في شأنها، حتى لو خرجت هذه النصوص على القواعد المقررة في نظرية الظروف الطارئة. من ذلك أنه لا يشترط في أكثر هذه الحالات أن يكون الحادث الطارئ حادثاً عاماً، بل يجوز أن يكون حادثاً شخصياً. ومن ذلك أيضاً أن الجزاء في أكثر هذه الحالات قد يصل إلى حد فسخ العقد.

٤٢٣ – سريان الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من حيث الزمان: وقد رأينا فيما قدمناه أن القانون القديم لم يكن يشتمل على نص في نظرية الحوادث الطارئة، وأن القانون الجديد هو الذي استحدث هذا النص. ولما كان النص جديداً، وجب البحث عن مدى سريانه من حيث الزمان لأهميته ذلك من الناحية العملية. ونميز في هذا الصدد بين أحوال ثلاث:

الحالة الأولى – عقد أبرم وينتهي تنفيذه قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩): لاشك في أن القانون القديم هو الذي يسري على هذا العقد، فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة في شأنه، وهذا ما كان القضاء يجري عليه في ظل القانون القديم.

الحالة الثانية – عقد أبرم بعد نفاذ القانون الجديد: لاشك هنا أيضاً في أن القانون الجديد هو الذي يسري، وتطبق في شأن هذا العقد نظرية الحوادث الطارئة على النحو الذي فصلناه.

الحالة الثالثة – عقد أبرم قبل نفاذ القانون الجديد وتراخى تنفيذه إلى ما بعد نفاذ هذا القانون: كانت قاعدة استمرار القانون القديم (survie de la loi ancienne) تقضي بسريان القانون القديم على هذا العقد، فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة(1). ولكن لما كانت أحكام هذه النظرية تعتبر من النظام العام كما قدمنا، فإنها تسري بأثر فوري (effet immédiat) على وقائع التنفيذ التي تستجد منذ نفاذ القانون الجديد، ولا تسري بأثر رجعي (effet rétroactif) على وقائع التنفيذ التي تمت قبل نفاذ هذا القانون(2).

= وضعه السابق». وتنص المادة ١٠٢٩ على أن «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب ألبتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به». أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و١٠٢٥ – وهنا الحادث الطارئ هو حادث شخصي لا حادث عام.

(1) والأصل أن العقد يحكمه القانون الذي انعقد في ظله، سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره أو من حيث انقضاؤه، حتى أنه لو تكون العقد في ظل قانون معين، ثم أنتج أثره أو انقضى في ظل قانون آخر، فقانون العقد هو القانون الأول، ويستبعد القانون الجديد في تطبيقه الرجعي (rétroactif) وفي تطبيقه الفوري (immédiat) على السواء (أنظر روبييه (Roubier) في تنازع القوانين من حيث الزمان ١ ص٥٦٥ – وأنظر في سريان التشريع الجديد على العقود الزمنية أو عقود المدة رسالة الدكتور عبد الحي حجازي في عقد المدة ص١٤٣ – ص١٤٧).

(2) القاعدة أنه إذا كان القانون الجديد معتبراً من النظام العام، طبق بأثر فوري – لا بأثر رجعي – على الحوادث التي تستجد من وقت سريان هذا القانون. مثل ذلك أن يعدل قانون جديد من السعر =

المبحث الثاني
المسئولية العقدية (جزاء العقد)(*)
(La Responsabilité Contractuelle)

٤٢٤ – نطاق المسئولية العقدية[1]: المسئولية العقدية تقابل المسئولية التقصيرية. فالأولى جزاء العقد، والثانية جزاء العمل غير المشروع. ويعنينا هنا المسئولية العقدية، أما المسئولية التقصيرية فستكون محل البحث عند الانتقال إلى العمل غير المشروع كمصدر للالتزام.

وقيام المسئولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه. ففي هذه الحالة تقول الفقرة الأولى من المادة ١٩٩ : «ينفذ الالتزام جبراً على المدين». وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ : «يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين

=الاتفاقي للفائدة، فيسرى السعر الجديد حتى على العقود التي أبرمت قبل سريان القانون الجديد، ولكن بالنسبة إلى الفوائد التي تستحق منذ سريان هذا القانون. أما الفوائد التي استحقت قبل ذلك، فلا يسرى عليها القانون الجديد بأثر رجعي (أنظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد تخفيض السعر الاتفاقي من ٨٪ إلى ٧٪: مجموع الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٨٤ – وأنظر عكس ذلك محكمة النقض الفرنسية في ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ جازيت دى باليه في ٢ مارس سنة ١٩٤٣ وقد أشير إلى هذا الحكم في رسالة الدكتور عبد الحي حجازى ص١٤٧).

(*) **بعض المراجع**: مازو في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية – سافاتييه في المسئولية المدنية – بنكاز (ملحق بودرى) جزء ٢ – ديموج في الالتزامات جزء ٦ – بلانيول وريبير وإسمان جزء ١ – بنوايا مذكرات لقسم الدكتوراه – هنرى مازو مذكرات لقسم الدكتوراه – جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ – مينييه (Meynié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ – فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ – مارى مادلين ديفور (Marie - Mad. Dufort) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – رينولت (Renault) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – أميو (Amiot) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٥ – رابت (Rabut) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٦ – ليفيفر (Lefebvre) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ – إميل بيكيه (Emile Becqué) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٤ ص٢٥١ – ص٣٢٠ – كروزيل (Crouzel) مقال في المجلة العامة سنة ١٩٢٦ ص١١ وص٦٥ – هنرى مازو مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٩ ص٥٥١ – إسمان مقالة في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٣٣ ص٦٢٧ وما بعدها – بيندكس فيني (Vigny) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٣٥ ص٤٢ وما بعدها – جاردينا (Gardenat) تعليق في (Beindix) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ ص٦٥٧ – تونك (Tunc) مقال في مجلة القانون الأسبوع القانوني (.Sem. Jur) ١٩٣٩ –١–١٠٢– صليب سامى باشا مقال في المحاماة سنة ١٢ عدد المدنى الفصلية سنة ١٩٤٥ ص٢٣٥ وما بعدها – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٨ وما ٩ – نصيف زكى بك مقال في المحاماة سنة ١٣ عدد ٢ – الدكتور أحمد حشمت أبو بعدها – الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٨٦ وما بعدها – ستيت بك فقرة ٣٦١ وما بعدها.

(١) سنحدد بالتفصيل نطاق المسئولية العقدية عند مقابلتها بالمسئولية التقصيرية (أنظر ما يلي فقرة ٥١٣).

٢١٩ و٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً». فإذا أمكن التنفيذ العيني – وطلبه الدائن – أجبر المدين عليه. وإلى هنا لا تقوم المسئولية العقدية، إذ نحن في صدد التنفيذ العيني للالتزام لا في صدد التعويض من عدم تنفيذه. إما إذا لم يكن التنفيذ العيني – أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ العيني – ففي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه، جزاء عدم تنفيذ الالتزام. وهنا تقوم المسئولية العقدية. فالدائن يطالب المدين بالتعويض. فعلى القاضي أن يبحث هل المدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذ التزامه العقدي. وتجيب المادة ٢١٥ – وهي نص جوهري في كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ومن ثم وضعت في الباب المعقود لآثار الالتزام – بأنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه». فما هي إذن الأركان التي تقوم عليها المسئولية العقدية؟ وما هي الآثار التي تترتب عليها إذا قامت أركانها؟ هذه هي في إيجاز المسائل التي تشتمل عليها المسئولية العقدية.

ويتبين مما تقدم أن المسئولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام العقدي[1]. وهي أيضاً لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد استحال تنفيذه بسبب أجنبي. وإنما تتحقق المسئولية العقدية إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى تنفيذاً عينياً ولم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد استحال بسبب أجنبي.

٤٢٥ – تشتت مسائل المسئولية العقدية – خطة البحث: ومسائل المسئولية العقدية على النحو الذي بسطناه موزعة في أمكنة متفرقة ونحن نلم شتاتها. ولكنا مع ذلك نترك الكلام في التمييز بينها وبين المسئولية التقصيرية، وهل تتعدد المسئوليتان، وهل تجوز الخيرة بينهما إذا تعددتا، إلى باب العمل غير المشروع. ونترك كذلك الكلام في تقدير التعويض تقديراً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً، وما يسبق استحقاق التعويض من إعذار، إلى الجزء الذي نتناول فيه الكلام في آثار الالتزام[2].

ويبقى بعد ذلك من مسائل المسئولية العقدية أركانها وآثارها كما قدمنا. ولكنا – توخيا للإيجاز – سندمج آثار المسئولية العقدية في أركانها، على خلاف الخطة التي سنتبعها في المسئولية التقصيرية إذ يقتضي المقام وهناك الإسهاب والتبسيط.

(١) ويترتب على ذلك ألا قيام للمسئولية العقدية إذا كان محل الالتزام العقدي هو دفع مبلغ من النقود، فالتنفيذ العيني هنا ممكن دائماً ، ولا محل للمسئولية العقدية (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٨٧).

(٢) وننبه إلى أن كثيراً من أحكام المسئولية التقصيرية تسرى على المسئولية العقدية. ونستطيع أن نقرر بوجه عام أن كل ما سيقال في المسئولية التقصيرية ينطبق على المسئولية العقدية إلا إذا تعارض مع القواعد الخاصة التي تقررها في المسئولية العقدية. فمن المسائل التي تتحد فيها أحكام هذين النوعين من المسئولية: علاقة السببية والسبب الأجنبي – السبب المنتج والسبب المباشر – دعوى المسئولية – تقدير الضرر – التأمين من المسئولية ألخ ألخ.

وأركان المسئولية العقدية – كأركان المسئولية التقصيرية – ثلاثة: (١) الخطأ العقدى. (٢) الضرر. (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر. ونبحثها الآن ركناً ركناً.

المطلب الأول
الخطأ العقدى
(la faute contractuelle)

٤٢٦– مسائل ثلاث: الأصل أن يكون المدين مسئولا عن خطأه الشخصى. ولكنه قد يكون مسئولا عن عمل الغير أو عن الأشياء التى فى حراسته، كما هو الأمر فى المسئولية التقصيرية. وقد تعدل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين.

فنحن نبحث إذن مسائل ثلاثاً: (١) الخطأ العقدى فى مسئولية المدين عن عمله الشخصى. (٢) المسئولية عن الغير أو عن الأشياء. (٣) تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين.

١ – الخطأ العقدى فى مسئولية المدين عن عمله الشخصى

٤٢٧– ما هو الخطأ العقدى: نبادر إلى القول بأن الخطأ العقدى هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد. فالمدين قد التزم بالعقد، فيجب عليه تنفيذ التزامه. والنصوص كثيرة فى هذا المعنى. تقول المادة ١٤٧ فقرة أولى: «العقد شريعة المتعاقدين». وتقول المادة ١٤٨ فقرة أولى: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه». وتقول المادة ١٩٩ فقرة أولى: «ينفذ الالتزام جبراً على المدين». وتقول المادة ٢٠٣ فقرة أولى: «يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً». وتقول المادة ٢١٥: «إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه».

فإذا لم يقم المدين فى العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدى(1). ويستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمده، أو عن إهماله، أو عن فعله (أى دون عمد أو إهمال). بل إن الخطأ العقدى يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة. ولكن يلاحظ فى هذه الحالة الأخيرة أنه إذا تحقق الخطأ العقدى، فإن علاقة السببية – وهى ركن فى المسئولية العقدية –

(1) عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى، يعتبر خطأ فى ذاته يرتب مسئوليته التى لا يدرؤها عنه إلا إذا أثبت قيام السبب الأجنبى الذى تنتفى به علاقة السببية.
(جلسة ١٩٦٨/١٢/٥ الطعن ٥٦٣ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٤٩٠)
(جلسة ١٩٧٢/١٢/١٢ الطعن ٤٢٢ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص١٣٦٤)
(جلسة ١٩٨٣/١٢/٨ الطعن ٨٧٣ لسنة ٤٩ق)

تنعدم، ولا تتحقق المسئولية على ما سنرى. وعلى هذا الوجه ينبغى فهم المادة ٣٧٣، وهى تنص على أنه «ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه». فانقضاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة لاستحالة تنفيذه عيناً ولعدم تحقق المسئولية العقدية بانعدام أحد أركانها.

ويتبين فيما قدمناه أن الخطأ العقدى ليس هو إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد، أيا كان السبب فى ذلك(1).

٤٢٨– نوعان من الالتزامات: الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية: ولكن يجب فى هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزامات.

فهناك التزام تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هى محل الالتزام فالالتزام بنقل حق عينى – أيا كان محل الحق – والالتزام بعمل معين – تسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك – والالتزام بالامتناع عن عمل معين، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة، هى نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل، فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية. فإذا لم تتحقق الغاية – أيا كان السبب فى ذلك – بقى الالتزام غير منفذ. وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى بعبارة (obligation de résultat)، ونسميه نحن «الالتزام بتحقيق غاية».

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض، تحقق الغرض أو لم يتحقق. فهو إذن التزام بعمل، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته. والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقداراً معيناً من العناية. والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التى يبذلها الشخص العادى، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق. فمتى بذل المدين العناية المطلوبة منه، يكون قد نفذ التزامه، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود. فالمستأجر يجب عليه أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م٥٨٣ فقرة أولى). وعلى المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشئ العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م٦٤١ فقرة أولى). وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد (م٧٢٠). وإذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد، فإن كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م٧٠٤). وقد عرضت المادة ٢١١ لهذا النوع من الالتزام فى عمومه،

(1) استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية عن الخطأ العقدى من سلطة محكمة الموضوع التقديرية.
(جلسة ١٩٩٧/١١/٢٠ الطعن ٩٦٢١ لسنة ٦٦ السنة ٤٨ ص١٢٧٩)

ونطبق هذه القواعد على الالتزام بغاية والالتزام بعناية.

ففى الالتزام بغاية(1)، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع، يثبت الدائن – وهو هنا المشترى – عقد البيع وعدم انتقال الملكية المبيع إليه. فيثبت بذلك فى جانب البائع خطأ عقدياً، لا يستطيع هذا أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما فى وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشترى فلم يستطع، لأنه ملتزم بتحقيق غاية. وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبى لنفى علاقة السببية، وإلا فالخطأ ثابت فى جانبه ومسئوليته العقدية متحققة. ولا نقول هنا – كما كان يقال عادة – إن عدم تنفيذ البائع لالتزامه يجعل الخطأ العقدى مفروضاً فى جانبه، بل نقول إن عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ العقدى، وقد أثبته الدائن، فليس هو بالخطأ المفروض فى جانب المدين، بل هو خطأ ثابت[(1)]. وللبائع، عندما يثبت المشترى عقد البيع، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المشترى يثبت الخطأ العقدى على النحو الذى بيناه، بل يقف موقفاً إيجابياً ويثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه عيناً ونقل ملكية المبيع إلى المشترى فلا محل إذن لمطالبته بالتعويض، فنخرج بذلك من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العينى.

وفى الالتزام بعناية(2)، كالتزام الطبيب بعلاج المريض[(2)]، يثبت المريض أن الطبيب

(١) مازو ١ فقرة ٦٦٢ – ٢ ص٦١٩ – ص٦٢٠.

(٢) التزام الطبيب بعلاج المريض ليس التزاماً بتحقيق غاية هى شفاء المريض، بل هو التزام ببذل العناية الواجبة فى علاج المريض وفقاً لأصول صنعة الطب.

(1) أ- إذا كانت الالتزامات التى اعتبر الحكم المطعون فيه الطاعن مخلا بها هى التزامات بتحقيق نتيجة ايجابية، فان عبء اثبات تحقق هذه النتيجة يقع على عاتق المدين الطاعن وما على الدائن إلا أن يثبت الالتزام ومن لم يكون الحكم المطعون فيه إذ اعتبر اخلال الطاعن بتلك الالتزامات ثابتا بعدم تقديمه أى دليل على وفائه بها، لم يخالف قواعد الاثبات.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص٩٢٩).

ب- عند نقل الاشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب بمعنى أن يكون ملزما بأن يوصله إلى الجهة المتفق عليها سليما، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب فإنه يكفى أن يثبت أنه أصيب اثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا منه اثباتا لعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسئوليته.

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص١٩٩)

(جلسة ١٩٦٠/١/٢١ مجموعة احكام النقض السنة ١١ ص٧٢)

(جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ الطعن ٤٠٨ لسنة ٢٢ق ص٦٤٢)

(2) التزام الطبيب، ليس التزاما بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض، وانما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل المريض جهودا صادقة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى احاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته.

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ ص١٠٦٢)

(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص٦٣٦)

(جلسة ١٩٦٤/١/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ ص١٥٤)

التزم بعلاجه – وهذا هو العقد الصريح أو الضمنى – ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبذل فى علاجه العناية المطلوبة، بأن يثبت على الطبيب إهمالاً معيناً أو انحرافاً عن أصول الصنعة. فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب العقدى. وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وقعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبى، فتنعدم علاقة السببية، ولا تتحقق المسئولية العقدية. وللطبيب هنا أيضاً، عندما يثبت المريض العقد، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدى، بل ينتقل من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العينى، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً وبذل كل العناية المطلوبة منه فى علاج المريض[(١)].

٤٣٠– نظرية مهجورة – تدرج الخطأ (gradation des fautes): وهناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدى غير العمد إلى أقسام ثلاثة: خطأ جسيم (culpa lata) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهو خطأ أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به – وخطأ يسير (culpa levis) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه شخص معتاد –

(١) أنظر مازو ١ فقرة ٦٦٢ وما بعدها – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٧٧ – الدكتور سليمان مرقص فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص٨٩ – ص٩٧ – ومع ذلك قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٩٩ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥١ – الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٢٩٦ – فقرة ٣٠٣ وفقرة ٣١٥ – فقرة ٣٢١.

وأصحاب الرأى الآخر يذهبون إلى أن عبء الإثبات يقع على المدين، سواء كان ذلك فى نطاق التنفيذ العينى أو كان فى نطاق المسئولية العقدية. فالدائن يثبت الالتزام، وعلى المدين بعد هذا أن يثبت أنه قد قام بتنفيذه. فإن عجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العينى أو بالتعويض. غير أنه فى الالتزام ببذل عناية، إذا عجز المدين عن إثبات أنه قد قام بتنفيذ التزامه، فالغالب أن التنفيذ العينى يصبح مستحيلاً، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض. فالمدين فى المسئولية العقدية هو الذى يقع عليه إذن عبء الإثبات. أما فى المسئولية التقصيرية فالدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات الخطأ التقصيرى. ويبرر ذلك أن الخطأ التقصيرى هو إخلال بالتزام قانونى عام بالامتناع عن الإضرار بالغير، ولما كان هذا الالتزام يترتب فى ذمة الناس كافة، فمن المعقول أن نفرض أنه مرعى منفذ حتى يثبت الدائن أن شخصاً بالذات لم ينفذه. أما الخطأ العقدى فهو إخلال بالتزام عقدى مترتب فى ذمة مدين بالذات، فعلى هذا المدين أن يثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه طبقاً للقواعد المقررة فى الإثبات، وإلا ألزم بالتنفيذ العينى أو بالتعويض.

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف، فإن أثره محدود من الناحية العملية. ففى العمل يبدأ الدائن بإثبات الالتزام. ثم هو لا يقف مكتوف اليد بعد ذلك، ينتظر حتى يثبت المدين أنه نفذ الالتزام أو حتى يعجز عن هذا الإثبات، بل هو يبادئ المدين مقدما ما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام. والمدين من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الأدلة، بل يتقدم بأدلته هو أيضاً ليثبت أنه قد قام بتنفيذ الالتزام. وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بأدلته، والقاضى يوازن ما بينهما، ويحكم لمن ترجح أدلته أدلة الآخر. فإن كان هو الدائن، حكم له بالتنفيذ العينى أو بالتعويض بعد أن ثبت عنده أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه. وإن كان هو المدين، رفض طلب الدائن بعد أن ثبت عنده أن المدين قد قام بتنفيذ الالتزام. (قارن مازو ١ ص٦٤٥ – ص٦٥٣).

وخطأ تافه (culpa levissima) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه شخص حازم حريص. وهذه النظرية تقسم أيضاً العقود إلى طوائف ثلاث: عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة، فيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم - وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير - وعقد لمنفعة المدين وحده، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه.

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الرومانى، وهى ليست منه، بل هى من خلق القانون الفرنسى القديم. نرى دوما يرسم خطوطها الرئيسية[(1)]، ونراها مبسوطة بوضوح عند بوتييه[(2)]. ولكنها هجرت فى القانون الحديث وهى نظرية منتقدة من ناحيتين: ما تشتمل عليه من العموم، وما تقول به من التدرج.

أما من ناحية العموم فالنظرية ليست صحيحة، فهى لا محل لتطبيقها فى الالتزام بتحقيق غاية. وقد رأينا أن الخطأ العقدى فى هذه الطائفة من الالتزامات ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام. فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى، ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها، فهناك خطأ عقدى فى جانبه، أيا كانت درجة تقصيره. فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه. وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيماً. وقد يكون مقصراً تقصيراً يسيراً. وقد يكون مقصراً تقصيراً تافهاً. بل قد لا يكون هناك أى تقصير فى جانبه. فالخطأ العقدى قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه، وهو مسئول عن خطأه فى جميع هذه الأحوال. وقد ذهبنا إلى أبعد من ذلك، فقلنا إن المدين قد يمنعه من تنفيذ التزامه سبب أجنبى كالقوة القاهرة، ومع ذلك يبقى خطأه العقدى قائماً لأنه لم ينفذ التزامه، وإن كانت رابطة السببية تنتفى بوجود السبب الأجنبى، فتنعدم المسئولية لانعدام السببية لا لانعدام الخطأ، ومن هنا نرى أن التناقض الذى يستظهره الفقه عادة بين نصين من نصوص القانون المدنى الفرنسى، هما المادتان ١١٤٧ و١١٣٧، تناقض ظاهرى لا حقيقة له. فالمادة ١١٤٧ من هذا القانون تقرر أن المدين مسئول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عليه ذلك لسبب أجنبى لا يد له فيه. والمادة ١١٣٧ تقضى بأن الالتزام بالعناية فى المحافظة على الشئ يلزم الشخص الموكول إليه ذلك أن يبذل فيه عناية الشخص المعتاد. ولا تناقض ما بين النصين كما قدمنا. فلكل نص نطاق خاص به. فالمادة ١١٤٧ تقرر فى عبارة عامة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو خطأ عقدى. وهذا صحيح، وهو يصدق فى الالتزام بغاية وفى الالتزام بعناية. ويكون المدين مسئولا عن هذا الخطأ إلا إذا نفى علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبى. أما المادة ١١٣٧ فهى لا تعرض لشئ مما تعرض له المادة ١١٤٧، بل هى تحدد مدى التزام المدين فى الالتزام ببذل عناية، وتقرر أن العناية المطلوبة هى فى الأصل عناية الرجل المعتاد. فالمادة ١١٤٧

(١) القوانين المدنية: الكتاب الأول الباب الأول الفرع الثالث الفقرة الرابعة.

(٢) الالتزامات فقرة ١٤٢.

تنطبق إذن على جميع الالتزامات، سواء ما كان منها التزاماً بغاية أو كان التزاماً بعناية، وتعرض للمسئولية العقدية فى ركنين من أركانها، ركن الخطأ وركن السببية. والمادة ١١٣٧ لا تتناول إلا طائفة الالتزام ببذل عناية، وتتناولها لا لتحديد المسئولية العقدية، بل لتحديد مدى الالتزام[(1)]. وقد أتى القانون المصرى الجديد بنصين يقابلان المادتين ١١٤٧ و١١٣٧ من القانون المدنى الفرنسى[(2)]. فالمادة ٢١٥ تقضى بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه، فهى تقابل المادة ١١٤٧ من القانون المدنى الفرنسى. والمادة ٢١١، وتقابل المادة ١١٣٧ من القانون المدنى الفرنسى، توجب فى الالتزام بعناية أن تكون العناية المبذولة هى عناية الرجل المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود. ولا تناقض ما بين هذين النصين، كما لا تناقض ما بين نصى القانون الفرنسى.

وأما من ناحية التدرج فالنظرية أيضاً ليست صحيحة. فنحن، حتى إذا قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية، لا نتبين أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ تافه تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معاً أو لمصلحة المدين وحده. وقد هدم القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١١٣٧ التى سبق ذكرها هذه التقسيمات جملة واحدة. فقال إن الالتزام بالعناية فى المحافظة على الشئ، سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد. فقضى هذا النص على التقسيم فى شقيه، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة. وأوجب فى جميع العقود، كأصل عام، أن تكون العناية المطلوبة هى عناية الرجل المعتاد. وذلك هو شأن القانون المصرى الجديد[(3)]. فقد جاء واضحاً كل الوضوح فى نفى نظرية تدرج الخطأ. والأصل عنده أن العناية المطلوبة هى

(١) أنظر مازو ١ فقرة ٦٥٩ - فقرة ٦٦١، وانظر فى هامش فقرة ٦٥٩ عرضاً للآراء المختلفة فى محاولة التوفيق ما بين النصين - الدكتور سليمان مرقص فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص٧٤ - ص١٠٠ - وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥١.

(٢) أما القانون المصرى القديم فلم يتضمن نصين يقابلان تماماً نصى القانون الفرنسى المتقدم ذكرهما، وإن كان قد أورد فى بعض نصوصه ما يفيد أن المدين لا يكون مسئولا عن عدم تنفيذ التزامه إلا إذا كان عدم التنفيذ بخطأ منه (أنظر المواد ١٧٧/١١٩ و١٧٧ - ٢٤٠/١٧٨ - ٢٤١). ولكن الفقه والقضاء فى مصر، فى ظل القانون القديم، كانا يفسران هذه النصوص بما يفسر به المادة ١١٤٧ من القانون المدنى الفرنسى، فكان عدم تنفيذ المدين لالتزامه فى العقد يعد خطأ فى جانبه (أنظر الدكتور سليمان مرقص فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص١٠٧ - ص١١٢).

(٣) أما القانون المصرى القديم فلم يتضمن نصاً كنص المادة ١١٣٧ من القانون المدنى الفرنسى، ولكنه كان فى العقود المختلفة يطلب تارة عناية الشخص بملكه (مثلا المادتان ٤٦١/٣٧٦ فى الإيجار والمادتان ٥٩٠/٤٨٢ فى الوديعة)، ويطلب طوراً العناية التامة فيحاسب حتى على الخطأ اليسير (مثلا المواد ٤٦٨ - ٤٦٩/ ٥٦٩ - ٥٧١ فى عارية الاستعمال)، فلم يكن واضحاً لا فى إثبات نظرية تدرج الخطأ ولا فى نفيها.

عناية الرجل المعتاد (م٢١١). ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل إما بنص القانون وإما بالاتفاق. وقد نص القانون فعلا فى بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل المعتاد كما رأينا فيما تقدم[(١)]. كذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل. بل يجوز لهما الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية إلا إذا ثبت فى جانب المدين غش أو خطأ جسيم (م٢١٧ فقرة ٢). وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام فى الإعفاء من المسئولية[(٢)].

٢ – المسئولية العقدية عن الغير وعن الأشياء

أ– المسئولية العقدية عن الغير:

٤٣١ – نطاق المسئولية العقدية عن الغير: المسئولية العقدية عن الغير قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره فى تنفيذ التزامه العقدى، فيكون مسئولا مسئولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذى أضر بالدائن فى الالتزام العقدى. فيوجد إذن: ١) المسئول وهو المدين فى الالتزام العقدى. ٢) والمضرور وهو الدائن فى هذا الالتزام. ٣) والغير وهم الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه. وتقوم المسئولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضرور وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد. فالمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن قبل المؤجر: المسئول هنا هو المستأجر، والمضرور هو المؤجر، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار الأصلى، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو المستأجر من الباطن. ويتبين من ذلك أن هناك حدين لنطاق المسئولية العقدية عن الغير: الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضرور عقد صحيح، والحد الثانى أن يكون الغير معهوداً إليه فى تنفيذ هذا العقد.

أما أن يكون هناك بين المسئول والمضرور عقد صحيح، فذلك لأن مسئولية المسئول نحو المضرور هى مسئولية عقدية، فوجب أن تنشأ هذه المسئولية عن عقد تم بينهما. فإذا كان العقد قد تم بين المسئول والغير الذى أحدث الضرر، لا بين المسئول والمضرور، كالتابع

(١) أنظر مثلا المادة ٥٢١ فى الشركة، والمادة ٥٨٣ فقرة ١ فى الإيجار، والمادة ٦٤١ فى العارية، والمادة ٦٨٥ فى عقد العمل، والمادة ٧٠٤ فى الوكالة، والمادة ٧٢٠ فى الوديعة.

(٢) وهذه بعض أمثلة تشريعية من القانون الجديد للمسئولية العقدية فى بعض العقود المسماة: عقد البيع (التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بغاية م٤٣١ و٤٣٧ و٤٣٨ – والتزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية هو التزام بغاية م ٤٣٩ و٤٤٧) – عقد الإيجار (التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة هو التزام بعناية م٥٨٣ – والتزام المستأجر بالمحافظة على العين من الحريق هو التزام بغاية م٥٨٤ – والتزام المستأجر برد العين المؤجرة هو التزام بغاية م٥٠) – عقد العارية (التزام المعير [illegible] العين التزام بغاية م٦٣٦ – والتزام المستعير بالمحافظة على العين التزام بعناية م٦٤١ – والتزام المستعير برد العين التزام بغاية م٦٤٢) – عقد الوكالة (التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة التزام بعناية م٧٠٤) – عقد الوديعة (التزام المودع عنده بالمحافظة على العين التزام بعناية م٧٢٠ – والتزام المودع [illegible] العين التزام بغاية م٧٢٢) – عقد رهن الحيازة (التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الشئ المرهون بعناية والتزامه برده التزام بغاية م١١٠٣ وقد تضمنت الالتزامين معا).

يربطه بمتبوعه عقد ثم يلحق الضرر بالمضرور فى أثناء تأدية وظيفته، فهذه مسئولية تقصيرية لا عقدية، سنفصلها فى مكانها. كذلك المؤجر لا يكون مسئولاً مسئولية عقدية عما يحدثه مستأجره من الضرر لشخص لا يربطه عقد بالمؤجر. وإذا تولى الغير، نيابة عن المسئول، المفاوضة فى عقد، ثم قطعت المفاوضة، فأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر، فالمسئولية عن الغير هنا لا تكون عقدية، لأن العقد بين المسئول والمضرور لم يتم إذ هو لم يجاوز مرحلة المفاوضات. ويجوز أن تقوم فى هذا المثل مسئولية تقصيرية، هى مسئولية المتبوع عن تابعه، إذا توافرت أركانها. وإذا انعقد العقد غير صحيح فى المثل الذى نحن بصدده، فإن المسئولية لا تكون هنا أيضاً مسئولية عقدية. إذ أن العقد غير الصحيح يزول بإبطاله، فلا تنشأ المسئولية – إذا تحققت – من العقد، بل تكون مسئولية تقصيرية. ويتحقق ذلك بأن يكون الغير الذى أبرم العقد غير الصحيح نيابة عن المسئول هو المتسبب فى البطلان، فيكون مسئولا مسئولية تقصيرية نحو الطرف الآخر، ويكون من أبرم العقد باسمه مسئولا عنه مسئولية تقصيرية هى مسئولية المتبوع عن التابع. فلابد إذن لقيام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هناك عقد صحيح بين المسئول والمضرور.

ويجب أيضاً أن يكون الغير قد عهد إليه فى تنفيذ هذا العقد. فلو كان الغير لم يعهد إليه فى ذلك، فإن تدخله فى الإخلال بتنفيذ العقد قد يحقق مسئولية المدين، ولكن هذه المسئولية تكون مسئولية شخصية لا مسئولية عن الغير. فالمؤجر يلتزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين الانتفاع المقصود من العقد، فإذا تدخل جيران المستأجر من تلقاء أنفسهم، حتى لو كانوا مستأجرين من نفس المؤجر[(١)]، فى انتفاع المستأجر بالعين ومنعوه من ذلك، فإن مسئولية المؤجر نحو المستأجر تكون مسئولية عقدية، ولكنها مسئولية شخصية لا مسئولية عن الغير، إلا أن يثبت المؤجر أن تدخل الجيران هو سبب أجنبى، فعندئذ تنتفى مسئولية المؤجر بتاتاً. كذلك المستأجر يلتزم بعقد الإيجار نحو المؤجر أن يحافظ على العين، وهو مسئول عما يصيب العين من تلف بفعله أو بفعل أحد ممن يسكن معه، ومسئوليته فى الحالتين مسئولية عقدية عن عمله الشخصى لا عن عمل الغير[(1)]. فلابد إذن لقيام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هذا الغير مكلفاً من المدين بتنفيذ العقد، فيصبح المدين بهذا التكليف مسئولا عن الغير مسئولية عقدية. مثل ذلك المقاول مسئول عن عماله وعن المقاول من الباطن نحو رب العمل، والمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن نحو المؤجر، والوكيل مسئول عن نائبه فى تنفيذ الوكالة نحو الموكل. وقد يكون

(١) أنظر المادة ٥٧١ فقرة ٢ من القانون المدنى الجديد.

(1) لا محل لمساءلة المستأجر إذا كان تلف الشئ المؤجر لم ينشأ عن فعله أو عن فعل خدمه وإنما نشأ عن فعل شخص آخر غير هؤلاء.
(جلسة ١٩٥٧/٤/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص٤١٣).
(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢ طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٤٦ق)
(جلسة ١٩٩٠/١٠/٢٨ طعن رقم ١٥٧٩ لسنة ٥٠ق)

التكليف بتنفيذ العقد غير آت من قبل المدين بل من القانون، كالولي أو الوصي أو القيم يقوم بتنفيذ عقد أحد طرفيه الصغير أو المحجور، فهنا أيضاً تكون مسئولية الصغير أو المحجور عن الولي أو الوصي أو القيم مسئولية عقدية عن عمل الغير.

٤٣٢ – نصوص القانون المدني الجديد الواردة في المسئولية العقدية عن الغير: لا يوجد نص يقرر بطريق مباشر القاعدة العامة في المسئولية العقدية عن الغير، على غرار النص الذي يقرر القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية عن عمل الغير[١]. ولكن يوجد نص يقرر بطريق غير مباشر مبدأ المسئولية العقدية عن الغير، وهذا النص هو الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ وتجرى بما يأتي: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه». ونقول بطريق غير مباشر، لأن مبدأ المسئولية العقدية عن الغير إنما يستخلص ضمناً من هذا النص. فما دام أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو في الأصل مسئولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص، فيستطيع بالاتفاق أن ينفي عنه هذه المسئولية. ومن ثم يمكن القول بأن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تقرر مبدأ عاماً، هو أن المدين مسئول مسئولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي.

وقد وردت تطبيقات تشريعية متعددة لهذا المبدأ في صدد عقود مختلفة: من ذلك عقد الإيجار. فقد نصت المادة ٥٧١ على ما يأتي: «١– على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع. ٢– ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبني على سبب قانوني يصدر من أي مستأجر آخر أو من أي شخص تلقى الحق عن المؤجر». ومسئولية المؤجر عن أعمال المستأجرين الآخرين أو عمن تلقوا الحق منه إنما هي مسئولية عقدية عن عمل شخصي[1]، أما مسئوليته عن الأعمال التي تصدر من أتباعه ممن يكلفهم بتنفيذ عقد الإيجار فهي مسئولية عقدية عن عمل الغير[٢].

وفي عقد المقاولة نصت المادة ٦٦١ على ما يأتي: «١– يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية. ٢– ولكنه يبقى

(١) وهو نص المادة ١٧٤ الذي يقرر مسئولية المتبوع عن تابعه.

(٢) أنظر أيضاً في مسئولية المستأجر نحو المؤجر عن أعمال المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار المواد ٥٩٥ – ٥٩٧.

(1) ضمان المؤجر للتعرض الحاصل للمستأجر من مستأجر آخر شرطه أن يكون هذا المستأجر قد استمد حقه من نفس المؤجر. م٥٧١ مدني.

في هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل». فهذا نص صريح في مسئولية المقاول نحو رب العمل عن عمل المقاول من الباطن، وهي مسئولية عقدية عن عمل الغير.

وفي عقد الوكالة نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ على ما يأتي: «إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية». وهنا أيضاً نص صريح في مسئولية الوكيل عن عمل نائبه نحو الموكل، وهي مسئولية عقدية عن عمل الغير.

٤٣٣– شروط المسئولية العقدية عن الغير وأحكامها: ويتبين مما تقدم أن الغير الذي يكون المدين مسئولاً عنه هو كل من كان مكلفاً – اتفاقاً أو قانوناً – بتنفيذ العقد. فالعمال والمقاولون من الباطن يكون المقاول مسئولا عنهم نحو رب العمل. والمستأجر من الباطن والمتنازل له عن الإيجار يكون المستأجر مسئولا عنهما نحو المؤجر. وعمال أمين النقل وأمناء النقل المتتابعون يكون أمين النقل الأصلي مسئولاً عنهم نحو العميل[1]. والبواب يكون صاحب المنزل مسئولا عنه نحو المستأجرين[١]. ونائب الوكيل يكون الوكيل مسئولا عنه نحو الموكل. والولي والوصي والقيم يكون الصغير أو المحجور مسئولا عنهم نحو المتعاقد الآخر. وبوجه عام كل من كلف، اتفاقاً أو قانوناً، بالحلول محل المدين في تنفيذ الالتزام، كالمستأجر من الباطن ونائب الوكيل والوصي، أو بمساعدته في تنفيذه، كالعمال وأمناء النقل المتتابعين، يكون هو «الغير» في المسئولية العقدية عن الغير. ولا يشترط في الغير هنا، كما يشترط في المسئولية التقصيرية، أن يكون تابعاً، فقد رأينا أن الولي والوصي والقيم يعتبرون «غيراً» في هذه المسئولية العقدية ولا يعتبرون «تابعين» في المسئولية التقصيرية.

=(جلسة ١٩٩١/٩/١٨ طعن ١٨٨٢ لسنة ٦٠ق)
(جلسة ١٩٨٧/٣/١٢ طعن ١٣٨٧ لسنة ٥٠ق)
(جلسة ١٩٨٠/١/٢٦ طعن ١٠٨ لسنة ٤٥ق)

(١) أنظر في المسئولية العقدية عن البواب، في صدد مسألتين هامتين هما سرقة المنزل وضياع المراسلات، مازو ١ فقرة ٩٩٧ – ٢.

(1) أ– مسئولية هيئة السكك الحديد عن اصابة راكب نتيجة سقوطه من القطار. خطأ الحكم القاضي برفض دعوى التعويض استنادا إلى أن اصابة الراكب قد نشأت عن خطأ الغير المتمثل في وقوف الركاب بباب عربة السكك الحديدية وتزاحمهم وتدافعهم حال دخول القطار محطة الوصول خطأ الغير على هذا النحو كان في مقدور هيئة السكك الحديدية توقعه أو تفاديه باتخاذها الاحتياطات الكفيلة بغلق ابواب القطارات اثناء سيرها ما لا يدرأ عنها المسئولية.
جلسة ١٩٩٥/١١/٢٨ الطعن ٢٢٧١ لسنة ٥٩ق)

ب– مصلحة البريد تعتبر أمينة للنقل ومن ثم فهي ضامنة للخطأ الذي يقع ممن تعهد إليهم ببعض المهام الموكولة اليها، ولا تستطيع أن تدفع عنها المسئولية بخطأ أمين النقل الذي اختارته هي بغير تدخل من صاحب الرسالة. (جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص٣٦٤).

وبجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر فى حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه، على النحو الذى سنراه فى مسئولية المتبوع عن التابع. وخطأ الغير فى الالتزام بغاية يكون بعدم تحقيق الغاية المتفق عليها، وفى الالتزام بعناية يكون بعدم بذل العناية المطلوبة، فخطأه هو وخطأ الأصيل سواء.

فإذا توافرت هذه الشروط تحققت المسئولية العقدية عن الغير، ويصبح المدين مسئولاً عن خطأ الغير الذى استخدمه فى تنفيذ التزامه. واختلف فى الأساس الذى تبنى عليه هذه المسئولية. فمنهم من يقيمها على خطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس. ومنهم من يرتبها على فكرة تحمل التبعة. ومنهم من يبنيها على فكرة حلول الغير محل الأصيل فيعتبر نائباً عنه فيما ارتكب من خطأ. ومنهم من يؤسسها على فكرة الضمان. وهذا الخلاف عينه نجده فى تأصيل مسئولية المتبوع عن التابع. وسنتكلم فيه هناك بالتفصيل.

وغنى عن البيان أنه إذا تحققت مسئولية المدين عن الغير، جاز للأول أن يرجع على الثانى إما بالمسئولية العقدية إذا كان هو الذى كلفه بتنفيذ العقد، وإما بالمسئولية التقصيرية إذا كان الثانى مكلفاً بتنفيذ العقد بمقتضى القانون.

ب- المسئولية العقدية عن الاشياء:

٤٣٤ - نطاق المسئولية العقدية عن الاشياء: إذا لم يقم المدين بتنفيذ العقد كان هذا خطأ عقدياً كما قدمنا. فإذا كان عدم تنفيذه للعقد راجعاً لا إلى فعله الشخصى بل إلى «فعل الشئ» (fait de la chose)، أى إلى تدخل إيجابى من شئ أفلت من حراسته على النحو الذى سنبينه فى المسئولية التقصيرية عن الأشياء، كان المدين مسئولاً مسئولية عقدية ولكن لا عن «فعله الشخصى» بل عن «فعل الشئ». ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية:

(١) يسلم المدين الشئ محل العقد للدائن - البائع يسلم الآلة المبيعة للمشترى فتنفجر الآلة فى يد المشترى وتصيبه بضرر فى نفسه أو فى ماله. هنا يصبح البائع مسئولا بمقتضى التزامه العقدى من ضمان العيوب الخفية. ولم ينشأ هذا الضمان عن حالة سلبية للآلة المبيعة كوجود عيب فيها، بل عن حالة إيجابية هى انفجار الآلة. فيكون البائع مسئولا مسئولية عقدية، ولكن لا عن فعله الشخصى، بل عن فعل الشئ.

(٢) يكون المدين مسئولا عن رد الشئ محل العقد للدائن، كالمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة، فيتدخل شئ آخر فى حراسة المستأجر -كمواد متفجرة - تدخلا إيجابياً يتسبب عنه حريق العين. فهنا لم ينفذ المستأجر التزامه العقدى برد الشئ، فيكون مسئولا مسئولية عقدية، ولكن لا عن فعله الشخصى، بل عن فعل الشئ، والشئ هنا هو المواد المتفجرة لا العين المؤجرة.

(٣) يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استعماله شيئاً، فيؤذى هذا الشئ الدائن، ويكون المدين مسئولا عن سلامة الدائن بمقتضى العقد. مثل ذلك عقد النقل، يتعهد

أمين النقل بوسائل المواصلات المختلفة، قطار أو سيارة أو طيارة أو غير ذلك، فيصطدم القطار أو تنفجر السيارة أو تسقط الطيارة، فيصاب الراكب بالضرر. هنا أيضاً لم ينفذ أمين النقل التزامه نحو الراكب، إذ هو ملتزم بسلامته، فيكون مسئولا مسئولية عقدية، ولكن لا عن فعله الشخصى، بل عن فعل الشئ.

٤٣٥ - المسئولية العقدية عن الاشياء كالمسئولية العقدية عن الفعل الشخصى تحكمها قواعد واحدة: والفروض الثلاثة التى قدمناها لا فرق فى الحكم بينها وبين المسئولية عن الفعل الشخصى. فالمدين بالعقد مسئول عن عدم تنفيذ التزامه مسئولية عقدية. وسواء كان هذا راجعاً إلى فعله الشخصى أو إلى فعل شئ فى حراسته، فمسئوليته متحققة فى الحالتين، وتطبق القواعد ذاتها فى كل منهما. ويعتبر «فعل الشئ» فى الفروض المتقدمة هو فعل شخصى للمتعاقد، لأن الشئ فى حراسته، وهو مسئول عنه. فالمسئولية العقدية عن الأشياء هى كالمسئولية العقدية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ شخصى(١).

٣- تعديل قواعد المسئولية العقدية

٤٣٦ - تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق التأمين على المسئولية: يستطيع المدين أن يؤمن على مسئوليته العقدية كما يؤمن على مسئوليته التقصيرية. ويؤمن على كل خطأ يصدر منه عدا الفعل العمد، وعلى كل خطأ يصدر من أتباعه أو ممن يستخدمهم فى تنفيذ التزامه حتى عن الفعل العمد. فيستوى التأمين فى المسئوليتين. وتستوى قواعد التأمين أيضاً. وسنفصلها عند الكلام فى المسئولية التقصيرية.

٤٣٧ - تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق الاتفاق - النصوص القانونية: تنص المادة ٢١٧ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ، والقوة القاهرة».

«٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه».

«٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع(٢)».

---

(١) أنظر فى الموضوع مازو ٢ ص٣٢٥ - ص٣٤١.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مماثل بخلاف لفظى طفيف. وقد أدخل هذا التعديل اللفظ فى لجنة المراجعة فأصبح النص مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد، وأصبح رقم النص هو المادة ٢٢٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٧، ثم مجلس الشيوخ. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٥٢ - ص٥٥٤).

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ - بعد أن قضت الفقرة الأولى بأن مدى العناية الواجبة في الالتزام ببذل عناية هي عناية الشخص المعتاد ما لم يوجد اتفاق مخالف - على ما يأتي: «وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم». وقد سبق ذكر النص بأكمله(١).

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً فيما نص عليه من الأحكام المتقدمة، بل اقتصر على تقنين ما كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليه من المبادئ في شأن التعديل الأتفاقي من قواعد المسئولية العقدية، وعلى تثبيت هذه المبادئ وتأكيدها في نصوص تشريعية.

٤٣٨ - الأصل هو الحرية في تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق: ولما كانت المسئولية العقدية منشأها العقد، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسئولية العقدية. وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد هذه المسئولية، فإن لها أن تعدلها(1). فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسئولية العقدية، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب.

= وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقنيناً للقواعد التي جرى القضاء المصري على اتباعها في هذا الشأن. فقد يجعل عبء المسئولية أشد وقراً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث الفجائي، وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن من وجه. وقد تخفف المسئولية، على نقيض ذلك، باشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدي، إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم. فليس للأفراد حرية مطلقة في الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز في المسئولية التعاقدية، كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقصيرية، أيا كانت درجة الخطأ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلاً للنظام العام. على أن ذلك لا ينفي جواز التأمين على الخطأ، ولو كان جسيماً، بل وفي نطاق المسئولية التقصيرية ذاتها، متى كان لا يرتفع إلى مرتبة الغش. كما أن للأفراد أن يتفقوا على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم، بل وعن غش الواقع من هؤلاء، سواء أكانت المسئولية تعاقدية أم تقصيرية». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٥٣).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٨ - وأنظر تاريخ النص في هامش هذه الفقرة.

(1) أ- المسئولية العقدية عن تعويض الضرر الذي تسبب عن خطأ الدين متى تحققت لا ترتفع عن هذا المدين باقرار الغير بتحمل هذه المسئولية عنه مادام الدائن المضرور لم يقبل ذلك ولم يكن طرفا في الورقة التي أقر فيها الغير بتحمل تلك المسئولية، ولا يعتبر هذا الاقرار من الغير اتفاقا على الاعفاء من المسئولية مما تجيزه المادة ٢١٧ من القانون المدني لان الاتفاق الذي تعنيه هذه المادة هو الاتفاق الذي يحصل بين الدائن المضرور وبين المدين المسئول بشأن تعديل أحكام المسئولية الواردة في القانون إعفاء أو تخفيفا أو تشديدا، أما حيث يتفق المسئول مع الغير يشمل ليتحمل عنه المسئولية دون دخل للمضرور في هذا الاتفاق فان هذا يكون اتفاقا على ضمان المسئولية لا يؤثر على حق المضرور في الرجوع على المسئول الأصلي ولا ينتقص من هذا الحق.

(جلسة ١٩٦٨/٤/٤ الطعن ١٦١ لسنة ٣٤ق السنة ١٩ ص٧٢٩)

ب- إذا كان الحكم المطعون فيه انما اعمل في قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان في عقد =

أما المسئولية التقصيرية فهي ليست وليدة الإرادة الحرة، بل هي حكم القانون. وسنرى لذلك أنه لا يجوز تعديل قواعدها بالاتفاق، كما جاز في المسئولية العقدية.

٤٣٩ - الأحكام التي قررتها النصوص في جواز تعديل المسئولية العقدية بالاتفاق: والأحكام التي قررتها النصوص، والتي كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليها في غير اضطراد فاستقرت بعد أن قننتها نصوص تشريعية، يمكن ردها إلى مبدأين رئيسيين:

المبدأ الأول: يقضي بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسئولية العقدية. فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسئولية، بأن يجعل المدين مسئولا حتى عن السبب الأجنبي، ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن(١). ولهما أن يتفقا على التخفيف منها بألا يجعل المدين مسئولا حتى عن تقصيره.

والمبدأ الثاني: يقضي بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين، فلا يجوز التخفيف من المسئولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم. وذلك أنه لو صح للمدين أن يعفي نفسه من المسئولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذ التزامه العقدي، لكان التزامه معلقاً على شرط إرادي محض. وهذا لا يجوز. والخطأ الجسيم ملحق بالفعل العمد، ويأخذ حكمه. ولكن يجوز للمدين أن يعفي نفسه من المسئولية عن عمل الغير، حتى لو كان هذا العمل عمداً أو خطأ جسيماً، فإن عمد الغير لا ينزل منزلة الشرط الإرادي المحض(٢).

=البيع، وما ورد فيه عن ضمان الضامن المتضامن مع البائع وكان يجوز للمشتري الاتفاق على أن يعوضه البائع في حالة حصول تعرض له في انتفاعه بالمبيع، كما يحق للمتعاقدين ان يحددا مقدما التعويض بالنص عليه في العقد فان الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(١٩٧٢/٥/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص٩٣٣)

جـ- الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة هو اتفاق جائز قانونا ولا مخالفة فيه للنظام العام.

(جلسة ١٩٥٨/١١/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص٦٨٩)

د- لئن كان الاصل في قيام مسئولية المؤمن قبل المؤمن له في الخسارات البحرية وفقا لما تقضي به المادة٢٣٤ «قديم» من قانون التجاري البحري ألا تقبل الدعوى بالمسئولية قبل المؤمن عن تلف البضاعة أو عجزها إذا كان يقل عن واحد في المائة من قيمة الشيء الحاصل له الضرر، إلا أنه إذا وجد شرط خاص في مشارطة التأمين بصدد المسئولية عن العجز أو التلف، فانه يجب اعمال ذلك أن القاعدة الواردة في المادة سالفة البيان ليست من القواعد الآمرة بل يجوز الاتفاق على مخالفتها بتشديد مسئولية المؤمن أو تخفيفها وفقا للشروط الخاصة بذلك التي تحددها مشارطة التأمين البحري.

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص١١٢٨)

(١) استئناف مختلط في ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٢٠٩.

(٢) استئناف مختلط في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م٧ ص١١ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص١٤ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص٩٣ - والتون ٢ ص ٢٧٠ - ص٢٧٢ - الدكتور عبد السلام ذهني بك فقرة ٢٧٣ - الدكتور محمد صالح بك في أصول التعهدات فقرة ٤٧. =

٤٤٠ – تحليل لهذه الأحكام وتطبيقها على الالتزام بغاية والالتزام بعناية: وإذا حللنا الأحكام التى قدمناها فى ضوء ما عرفناه من قواعد المسئولية العقدية، رأينا أن الأمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمقدار العناية المطلوبة من المدين فى تنفيذ التزامه العقدى. وتتدرج هذه العناية تدرجاً ملحوظاً[١].

ففى الالتزام بغاية، حيث يبلغ مقدار العناية المطلوبة الدرجة القصوى، إذ يطلب دائما تحقيق الغاية المتعاقد عليها، لا ترتفع مسئولية المدين إلا فى حالة السبب الأجنبى. ويكون المدين مسئولا عن الفعل العمد، وعن أى خطأ، جسيماً كان أو يسيراً أو تافهاً، بل وعن الفعل مجرداً من أى خطأ. ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن نتصور الاتفاق على تشديد المسئولية العقدية حتى تشمل المسئولية عن السبب الأجنبى، وهذا كما قدمنا ضرب من التأمين يلتزم به المدين نحو الدائن. كذلك يمكن أن نتصور الاتفاق على تخفيف المسئولية العقدية فى أدنى صورة من صوره، فلا يكون المدين مسئولاً عن فعله المجرد من الخطأ.

= وفى عقود النقل كان القضاء المصرى يحرم الإعفاء من المسئولية عن العمد والخطأ الجسيم (استئناف مختلط فى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٣٢٢ ص٧٣). وكان من شأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ اليسير أن ينقل عبء الإثبات فيجعله فى جانب الدائن كما كان الأمر فى فرنسا قبل قانون رابييه (Rabier) (استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦م ٨ ص١٩٨ – وفى ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٩٠– وفى ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٥١). ولكن قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعد ذلك بأن شرط الاعفاء من المسئولية فى عقود النقل غير جائز حتى عن الخطأ اليسير، بل ليس من شأن هذا الشرط أن ينقل عبء الإثبات إلى الدائن (استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م٣٤ ص٤٥ – قارن استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٣٢٠ – أنظر والتون ٢ ص٢٧٩ – ص٢٨٠). وبذلك سارت محكمة الاستئناف المختلطة على حكم قانون رابييه دون أن يكون فى مصر قانون مماثل، وذلك لاعتبارات خاصة فى عقود النقل تجعل التشديد فى مسئولية أمين النقل أمراً مرغوباً فيه (أنظر فى هذه الاعتبارات والتون ٢ ص٢٨٠ – ص٢٨٣). وقد تصلح نظرية عقود الإذعان سبباً لإبطال الإعفاء من المسئولية فى عقود النقل. أما الإعفاء الاتفاقى من المسئولية العقدية عن عمل الغير فى الخطأ اليسير فجائز فى مصر فى القضاء والفقه (استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٩٨ – والتون ٢ ص٢٧٢ – ص٢٧٤). وإذا كان خطأ الغير جسيماً أو عمدياً، فكان القضاء فى مصر لا يجيز الإعفاء من المسئولية (استئناف مختلط فى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص١٤ – وفى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص٢٢٢)، ويجيزه الفقه فى الخطأ الجسيم (والتون٢ ص٢٧١ – ص٢٧٢)، والقانون المدنى الجديد يجيزه حتى فى العمد كما بينا (قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧). هذا ولا يعتبر خطأ من عمل الغير خطأ مدير الشركة، فالمدير أداة (organe) الشركة لا وكيل عنها، فلا يجوز للشركة أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من مديرها. ولكن يجوز أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من عمالها.

(١) تدرج مقدار العناية المطلوبة من المدين، بحيث تتدرج المسئولية معها عن أخطاء متدرجة، من العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير إلى الخطأ التافه، وهو القدر الذى يصلح للبقاء فى نظرية تدرج الخطأ المهجورة. أما توزيع هذه الأخطاء المتدرجة على طوائف مقسمة من العقود، وهو الأساس الذى قامت عليه هذه النظرية، فهذا هو الذى ظهر فساده وكان السبب فى هجر النظرية.

وعند ذلك ينقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية، ولا يكون المدين مسئولا إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافها[١]. وقد يتدرج المدين في التخفف من المسئولية[1]، فيشترط إعفاءه من المسئولية عن الخطأ التافه، ثم عن الخطأ اليسير. فإذا وصل إلى هذا المدى لا يكون مسئولا إلا إذا أثبت الدائن فى جانبه العمد أو الخطأ الجسيم. ولكن إلى هنا يستطيع أن يصل فى التخفيف من مسئوليته، ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد. فلا

(١) ويقع عبء الإثبات فى المسئولية العقدية المخففة على الدائن، وقد رأينا أن هذا العبء يقع عليه فى المسئولية العقدية الكاملة، فأولى أن يقع فى المسئولية المخففة. ففى عقد النقل – حيث يلتزم أمين النقل بسلامة الراكب، والتزامه التزام غاية فيكون مسئولا إلا إذا أثبت السبب الأجنبى – إذا اشترط أمين النقل إعفاءه من المسئولية العقدية وأمكن تفسير ذلك على أنه إعفاء من المسئولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ التافه، فلا يكون أمين النقل مسئولا إلا إذا أثبت الراكب فى جانبه خطأ يسيراً، ومن ثم يصبح عبء الإثبات على الراكب لا على أمين النقل. أما القضاء الفرنسي فيذهب هذا المذهب، ولكن على أساس أن شرط الإعفاء من المسئولية يسقط المسئولية العقدية، فتبقى المسئولية التقصيرية إذا أثبت الراكب خطأ فى جانب أمين النقل. وعيب هذا التأسيس أنه يسمح بالخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، وسنرى عند الكلام فى المسئولية التقصيرية أنه لا خيرة بين المسئوليتين، وأن المسئولية العقدية إذا تحققت لا تفسح للمسئولية التقصيرية مكاناً إلى جانبها (أنظر فى هذا الموضوع مازو ٣ فقرة ٢٥٤٥ وما بعدها). وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (فقرة ٤٤١).

(1) أ– الاتفاق فى سند الشحن على اعفاء مصلحة السكك الحديد من المسئولية عن الاضرار التى تلحق بالبضائع يكون صحيحا طالما أن تلك الاضرار لم تنشأ عن غش أو خطأ جسيم من جانبها، فلا يسوغ اصدار شرط الاعفاء من المسئولية فى حال ثبوت تراخى الناقل فى استلام البضاعة من محطة الوصول إلى ما بعد استحقاق وعدم الارضية لم اكتشافه وجود عجز فى البضاعة بعد ذلك.

(جلسة ١٩٦٢/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٣٧٣).

ب– النص فى عقد الايجار على اعفاء المؤجر من كل مسئولية تنشأ عن الرى وعطل آلاته وتغيير طريقته هو شرط صحيح قانونا ملزم للمستأجر.

(جلسة ١٩٥٤/١١/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص١٢٧)

جـ– الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانوناً ولا مخالفة فيه للنظام العام، كما أن عقد الايجار الذى يتضمن هذا الاتفاق لا يعتبر من عقود الاذعان.

(جلسة ١٩٥٨/١١/١٣ مجموعة احكام النقض السنة ٩ ص٦٨٩)

د– يسرى شرط تحديد المسئولية المنصوص عليه فى عقد النقل – وهو شرط جائز قانونا فى غير احوال الغش أو الخطأ الجسيم – سواء كانت البضاعة المنقولة مؤمنا عليها أو غير مؤمن عليها لدى أحدى شركات التأمين، ومن ثم فان هذا التأمين لا شأن لهيئة السكك الحديد – الناقل – به ولا يمكن أن يؤثر على مدى مسئوليتها الذى يحدده عقد النقل المبرم بينهما وبين مرسل البضاعة، ولا تكون مسئولية كاملة غير محددة بالحدود المشار إليها فى تعريفة البضائع إلا إذا قام المرسل بالتأمين على بضاعته لديها مقابل قيامه باداء مبلغ التأمين المنصوص عليه (ب) من البند ٢٥ من تعريفه البضائع.

(جلسة ١٩٦٩/٢/٢٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص٣٦٣)

(جلسة ١٩٧٥/٦/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص١١٤١)

يجوز أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن فعله العمد أو عن خطأه الجسيم، ما لم تكن المسئولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك[١]. وقد ورد نص تشريعي في ضمان استحقاق المبيع، وهو التزام بغاية، يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام. إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان». ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه «يقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي». وكذلك الأمر في ضمان العيوب الخفية في المبيع، حيث نصت المادة ٤٥٣ على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه».

وفي الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة، حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص، هي عناية الشخص المعتاد. فلا يكون المدين مسئولا عن السبب الأجنبي، ولا عن الفعل المجرد من الخطأ، ولا عن الخطأ التافه. ويكون مسئولا عن فعله العمد، وعن خطأه الجسيم، وعن خطأه اليسير. وقد يشدد باتفاق خاص من هذه المسئولية، فيصبح مسئولا عن الخطأ التافه، ثم عن الفعل المجرد من الخطأ. وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية، إذ يصبح المدين مسئولا عن تحقيق غاية لا يتخلص من المسئولية عنها إلا بإثبات السبب الأجنبي. وقد يشدد في مسئوليته إلى مدى أبعد فيصبح مسئولا حتى عن السبب الأجنبي، وهذا ضرب من التأمين كما قدمنا. وقد يتخفف من مسئوليته، فلا يكون مسئولا عن الخطأ اليسير. ويبقى مسئولا عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم، فلا يستطيع أن يعفى نفسه بشرط خاص من المسئولية عنهما، ما لم تكن المسئولية مترتبة على فعل الغير.

ونرى من ذلك أن الالتزام بغاية قد ينقلب إلى التزام بعناية، وأن الالتزام بعناية قد ينقلب إلى التزام بغاية، وأن المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين. فمن السبب الأجنبي، إلى الفعل المجرد من الخطأ، إلى الخطأ التافه، إلى الخطأ اليسير، إلى الخطأ الجسيم، إلى الفعل العمد، يتدرج المدين في مسئوليته العقدية عن نفسه أو عن الغير وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق، ولا يقف دون ذلك حتى هذا التقسيم الجوهري للالتزام إلى التزام بغاية والتزام بعناية[٢].

---

(١) قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧ – ويرى الأستاذان أن المدين لا يستطيع أن يشترط إعفاءه من الفعل العمد أو الخطأ الجسيم حتى لو كان صادراً من الغير، لأن الخطأ الصادر من الغير يعتبر صادراً منه هو.

(٢) هذه القواعد التي بسطناها في الإعفاء الاتفاقي من المسئولية العقدية في حاجة إلى مزيد بيان في فروض ثلاثة، حيث تستهدف لاعتراضات يسهل دفعها:

(أ) قد تشترط شركة إعفاءها من المسئولية العقدية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من وقد أخذ على قواعد الإعفاء الاتفاقي المتقدم ذكرها أنها تجعل هذا الشرط صحيحا لأنه المسئولية عن فعل الغير، وكان الواجب أن شرطا كهذا لا يصح. وردنا على ذلك ما قدمناه من

٤٤١ – الآثار التي تترتب على شروط الاعفاء من المسئولية العقدية: إذا كان شرط الإعفاء من المسئولية العقدية صحيحاً على النحو الذي فصلناه، فإنه يعفى المدين من المسئولية بالقدر الذي يتسع له الشرط. ويبقى المدين مسئولا فيما وراء ذلك. ولكن القضاء الفرنسي – واقتدى به القضاء المصري في ظل القانون القديم – يضيق من أثر شرط الإعفاء. فعنده أن المسئولية التقصيرية تجتمع مع المسئولية العقدية، بقيت المسئولية التقصيرية، وعلى الدائن أن يثبت خطأه في جانب المدين حتى يطالبه بالتعويض(1)، لا على أساس المسئولية العقدية وقد أعفى المدين منها، بل على أساس المسئولية التقصيرية وشرط الإعفاء لا يتناولها ولا يجوز أن يتناولها لأن الإعفاء من المسئولية التقصيرية يتعارض مع النظام العام. فكأن شرط الاعفاء من المسئولية العقدية لم يفعل إلا أن نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن. وهذه النتيجة تلزم من يقول بالخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية. أما نحن فلا نقول بالخيرة كما سنبين عند الكلام في المسئولية التقصيرية. ولذلك نرى أن شرط الإعفاء إذا كان صحيحاً أعفى المدين من المسئولية العقدية، ولا محل للمسئولية التقصيرية إذ أن هذه لا تجتمع مع تلك[١].

== مدير الشركة لا يعتبر وكيلا عنها، بل يعتبر أداة لها (organe)، فمسئولية الشركة عن فعله تعتبر مسئولية عن فعل شخصي لا عن فعل الغير. فلا يجوز إذن للشركة أن تعفى نفسها من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها، فهذا وذاك بمنزلة سواء.

(ب) تستطيع شركات النقل أن تعفى نفسها من المسئولية عن السرقات التي ترتكبها عمالها، إذ أن هذا يعتبر إعفاء من المسئولية عن فعل الغير وهو صحيح وفقاً للقواعد المتقدم ذكرها. وردنا على ذلك أن مثل هذا الشرط إذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها يعتبر شرط إذعان يجوز للقاضي إبطاله وفقاً للمادة ١٤٩.

(جـ) يستطيع المدين أن يعفى نفسه من المسئولية العقدية عن الضرر الذي يحدثه بالدائن في جسمه بخطأه اليسير، ويكون الإعفاء صحيحاً طبقاً للقواعد المتقدم ذكرها، مع أن هناك ميلا إلى جعل الإعفاء من المسئولية لا يجوز إلا في الضرر الذي يلحق المال دون الجسم (أنظر مازو ٣ فقرة ٢٥٢٩ وما بعدها). وعلاج ذلك أن نميز بين ما إذا ورد هذا الشرط في عقد من عقود الإذعان، كعقد النقل أو العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض، فيجوز للقاضي أن يبطله، وما إذا ورد في غير عقود الإذعان فيصح. والقضاء الفرنسي يعتبر الشرط صحيحاً في جميع الأحوال. ويحسن، بالنسبة إلى عقد النقل، أن يصدر في شأنه تشريع خاص يواجه ملابساته المختلفة.

(1) استناد الخصم إلى الخطأ العقدي لا يمنع المحكمة من أن تبنى حكمها على خطأ تقصيري متى استبان لها توافر هذا الخطأ عند تنفيذ العقد. إذ كان الحكم المطعون فيه قد استبان من تقرير الخبير أن الطاعنين قد ارتكبا خطأ تقصيريا باتلافهم غراس المطعون عليهم مما تكون معه تلك الأعمال قد تجاوزت الاخلال بالالتزام التعاقدي. فان الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى اعمال احكام المسئولية التقصيرية، وقضى بالزامهما متضامنين بالتعويض بغير اعذار سابق ودون اعتداء بما اتفق عليه الطرفان بعقود الايجار لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٥/٥/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص٩٤٢)

(جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص١٥٦٠)

(١) هذا وقد قدمنا أنه يمكن تفسير الإعفاء من المسئولية العقدية في بعض العقود، وبخاصة في عقد =

وعلى المدين الذى يتمسك بشرط الإعفاء أن يثبت وجود هذا الشرط. ويصعب فى كثير من الأحوال على المدين إثبات أن الدائن قبل شرط الإعفاء، لاسيما إذا كان هذا الشرط منزوياً فى ورقة مطبوعة هى «بوليصة شحن» أو «تذكرة سفر» ، أو فى ورقة موضوعة فى مكان غير ظاهر فى فندق أو مطعم أو نحو ذلك. وتقوم صعوبتان فى مثل هذه الحالات لقبول شرط الإعفاء: أولاهما احتمال أن يكون الدائن لم ير هذا الشرط فلا يعتبر قابلاً له وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة، والثانية أن الشرط - بفرض أن الدائن قد رآه ولم يعترض عليه - قد يعتبر شرط إذعان تعسفي للقاضى أن يبطله.

أما إذا كان شرط الإعفاء من المسئولية العقدية باطلاً وفقاً للقواعد التى تقدم ذكرها، فشرط الإعفاء وحده هو الذى يبطل ويبقى العقد قائماً دون شرط الإعفاء[١].

المطلب الثانى

الضرر

(Le préjudice)

٤٤٢ - عبء إثبات الضرر: الركن الثانى فى المسئولية العقدية هو الضرر. فلابد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسئولية فى ذمة المدين. والدائن هو الذى يحمل عبء إثبات الضرر، لأنه هو الذى يدعيه. ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يقم بالتزامه العقدى، فقد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصيب الدائن ضرر من ذلك[1]. ففى عقد النقل

= النقل، على أنه إعفاء من الفعل المجرد من الخطأ ومن الخطأ التافه. فإذا استقام هذا التفسير فى عقد، جاز القول فى نظرنا إن مسئولية المدين العقدية - لا التقصيرية - تتحقق إذا أثبت الدائن فى جانب المدين خطأ يسيراً. ويكون الخطأ فى هذه الحالة خطأ عقدياً لا خطأ تقصيرياً (أنظر سابقاً فقرة ٤٤٠ فى الهامش). ولكن يغلب أن يتناول شرط الإعفاء من المسئولية العقدية كل ما يمكن الإعفاء منه فى هذه المسئولية، فيشمل المسئولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ التافه وعن الخطأ اليسير، دون المسئولية عن الفعل العمد أو الخطأ الجسيم، فهذان لا يجوز الإعفاء من المسئولية عنهما كما قدمنا.

(١) مازو ٣ فقرة ٢٥٦٢ - فقرة ٢٥٦٤. وهذا إلا إذا ثبت أن شرط الإعفاء من المسئولية العقدية كان هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد كله، ولا يتحقق هذا نادراً.
وترى القواعد التى قدمناها فى صورتين تعتبران إعفاء اتفاقياً محوراً من المسئولية العقدية: (الصورة الأولى) أن يشترط المدين فى المسئولية العقدية ألا تجاوز مسئوليته، إذا تحققت، مبلغاً معيناً من المال أقل من الضرر الذى وقع. ولكن يشترط أن يكون المبلغ المتفق عليه جدياً، لا رمزياً يقصد به الإعفاء الكامل من المسئولية. أما إذا قصد أن يكون المبلغ معادلا للضرر، فهذا هو الشرط الجزائى. (والصورة الثانية) أن يشترط المدين فى المسئولية العقدية مدة لتقادم التزامه العقدى تكون أقصر من المدة المقررة قانونا.

(1) أ- الضرر ركن من اركان المسئولية، والحق فى التعويض لا يترتب إلا حيث يكون هناك اخلال بحق أو مصلحة مالية للمضرور.
(جلسة ١٩٦٠/١/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص٢٥)
(جلسة ١٩٦٢/٥/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٧١٦)

مثلا، إذا تأخر أمين النقل فى تسليم البضاعة، أو تأخر الراكب عن الوصول فى الميعاد، فإن مجرد التأخر لا يكفى لاستخلاص وجود الضرر، بل يجب على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخر[١].

ويستثنى من ذلك فوائد النقود. فإذا استحقت فوائد عن التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، فإن الضرر مفترض ولا يكلف الدائن إثباته. بل لا يجوز للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحق به ضرر ليتخلص من المسئولية. وقد نصت المادة ٢٢٨ على هذا الحكم فقالت: «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير».

أما الشرط الجزائى فلا يغنى عن إثبات الضرر. ولكنه ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين. فالضرر مفروض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع[1]. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ على هذا الحكم إذ تقول: «لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر».

٤٤٣ - مسألتان للبحث: والضرر إما أن يكون مادياً أو أدبياً. والتعويض عن الضرر فى المسئولية العقدية محدود المدى، فلا تعويض إلا عن الضرر المتوقع.

فنبحث إذن مسألتين: (١) الضرر المادى والضرر الأدبى. (٢) مدى التعويض عن الضرر.

١ - الضرر المادى والضرر الأدبى

٤٤٤ - كيف يتحقق كل من الضرر المادى والضرر الأدبى: قد يصيب الدائن فى المسئولية العقدية ضرر مادى فى ماله أو فى جسمه، كالمعير لا يستطيع استرداد الشئ المعار،

=(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص١٠٤٣)
(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص٨٥٤)
ب- المدين فى المسئولية العقدية يلزم طبقاً لنص المادة ١/٢٢١، ٢ من القانون المدنى بتعويض الضرر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وهو يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصى أى بالضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف التى يوجد بها المدين لا الضرر الذى يتوقعه هذا الدين بالذات، وهذا الضرر الموجب للتعويض هو ما كان محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه فى المستقبل حتمياً.
(جلسة ١٩٨٠/٥/٢٩ الطعن ٦٦٨ لسنة ٤٦ق السنة ٣١ ص١٥٦٧)
(جلسة ١٩٧٠/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص٤٢٠٠)

(١) أنظر فيما يتعلق بعقد النقل مازو ٢ فقرة ١٦٨٢.

(1) إذا وجد شرط جزائى فى العقد يلزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التى لا يوردها، فان تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن باثباته ويقع على عاتق المدين (البائع) فى هذه الحالة عبء اثبات انتفاء الضرر.
(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص٦٤١)

وكالراكب يؤذى فى سلامته عند النقل. والضرر المادى هو الأكثر الأغلب. ولكن قد يكون الضرر، وهذا نادر فى المسئولية العقدية، أدبياً يصيب الدائن فى شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو نحو ذلك.

ويجب على كل حال فى الضرر أن يكون واقعاً أو محقق الوقوع. ونبحث هذا الشرط فى الضرر المادى لأن ظهور الحاجة إليه أكثر وضوحاً فيه. ثم نبحث الضرر الأدبى.

أ- **الضرر المادى (préjudice matériel)**:

٤٤٥- الضرر الحال (préjudice actuel): الضرر الحال هو الضرر الذى وقع فعلا. والأصل أن التعويض يكون عن الضرر الحال. ويعوض عن الضرر المستقبل إذا كان محقق الوقوع كما سنرى.

أما إذا لم يقع ضرر أصلا فلا تعويض. مثل ذلك تأخر الراكب فى الوصول قد لا ينجم عنه ضرر، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل. وإذا كلف الموكل وكيله أن يقيد رهناً لمصلحته، فلا يقوم الوكيل بقيد الرهن، ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين، فلا تعويض للموكل إذا لم يلحقه ضرر.

٤٤٦- الضرر المستقبل (préjudice futur): وقد لا يقع الضرر فى الحال، ولكن يكون محقق الوقوع فى المستقبل(1). مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات يدخرها للمقبل من الأيام. فيخل المورد بالتزامه نحوه. فالضرر هنا لا يلحق المصنع فى الحال إذ عنده خامات كافية، ولكن يلحق به الضرر مستقبلا عندما ينفد ما عنده ويصبح فى حاجة إلى الجديد الذى تعاقد على استيراده. ولما كان الضرر فى هذا المثل محقق الوقوع فى المستقبل، ويستطاع تقدير التعويض عنه فى الحال، فإن للمصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد. ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه فى الحال، إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول لما يعرف. مثل ذلك راكب يصاب بحادث فى أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت قصير، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض، وجب التربص حتى يعرف مدى الضرر ليتقاضى عنه تعويضاً كافياً. وسنعالج هذه المسألة بتفصيل أوفى فى المسئولية التقصيرية.

٤٤٧- الضرر المحتمل (préjudice éventuel): وقد يكون الضرر محتملا لا هو قد تحقق فعلا، ولا هو محقق الوقوع فى المستقبل. مثل ذلك أن يحدث المستأجر

---

(1) الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً محققاً بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتماً أما الضرر الاحتمالى الغير محقق الوقوع فان التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلاً.
(جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص٥٧٠)
(جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص٧٣٦)
(جلسة ١٩٧٨/٤/٦ الطعن رقم ٦٠٢ لسنة ٤٥ق)
(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ الطعن ٦٣٤ لسنة ٤٥ق)

بالعين المؤجرة خللا يخشى معه أن تتهدم العين. فالخلل ضرر حال، ولكن تهدم العين ضرر محتمل. ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً. أما الضرر المحتمل فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق. وسنرى عند الكلام فى المسئولية التقصيرية أنه يجب التمييز أيضاً بين الضرر المحتمل، ولا يعوض عنه إلا إذا تحقق كما قدمنا، وتفويت الفرصة، ويعوض عنه فى الحال(1).

ب- **الضرر الأدبى (préjudice moral)**:

٤٤٨- أمثلة على الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية: سنرى عند الكلام فى المسئولية التقصيرية أن الضرر الأدبى قد يصيب الجسم فيما يلحق به من ألم أو يحدث فيه من تشويه، وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض، وقد يصيب العاطفة والحنان والشعور. وهو إذا كان يقع كثيراً فى المسئولية التقصيرية، فإن وقوعه فى المسئولية العقدية نادر. إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شئ ذى قيمة مالية.

ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقد فى تنفيذ العقد، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبى. فالراكب إذا أصيب بجرح فى أثناء النقل لحقه من ذلك ضرر أدبى فى جسمه. والطبيب إذا أساء علاج المريض أصابه كذلك بضرر أدبى فى صحته. وقد يذيع الطبيب سراً للمريض لا تجوز إذاعته، فيصيب المريض بضرر أدبى فى سمعته. كذلك قد يذيع الوكيل عن موكله ما يؤذيه فى اعتباره. وقد يشترى شخص تذكاراً عائلياً ليست له إلا قيمة أدبية محضة بالنسبة إليه، فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه كان الضرر الذى يصيب المشترى من جراء ذلك ضرراً أدبياً. والناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادى، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبى. والفنان إذا تعاقد مع شخص على عمل فنى، ففسخ المتعاقد معه العقد فسخاً تعسفياً، قد يرى فى هذا الفسخ إضراراً أدبياً بسمعته. والقطار إذا تأخر عن الوصول فى ميعاده، فلم يستطع أحد الركاب أن يشيع جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب فى عاطفته. بل إن امتناع المدين عمداً عن تنفيذ العقد يجعل التعويض أوسع مدى، إذ يمتد إلى الضرر غير المتوقع، وليس هذا إلا ضرباً من التعويض عن ضرر أدبى أصاب الدائن بسبب سوء نية المدين.

٤٤٩- جواز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية: وقد ناقش الفقهاء فى فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام، وعن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية بوجه خاص. وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية التقصيرية

---

(1) ليس فى القانون ما يمنع من أن يدخل فى عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فان تفويتها امر محقق يجب التعويض عنه.
(جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص٥٢٧)

خصوم يعتد بهم، فإن بعضاً من الفقهاء لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية. ويرجع السبب فى ذلك إلى أن تقاليد القانون الفرنسي القديم كانت لا تجيز هذا التعويض، وقد ردد دوما وبوتييه هذا الحكم زاعمين خطأ أنه هو حكم القانون الروماني. ولكن الكثرة فى الفقهاء الفرنسيين تجيز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية(١).

أما فى القانون المصرى، فقد كان التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية جائزاً فقهاً وقضاء(٢)(I). وأورد القانون الجديد نصاً صريحاً فى جواز التعويض عن الضرر الأدبى فى كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من هذا القانون على ما يأتى: «يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء».

٤٥٠ – إحالة: وسنستوفى بحث التعويض عن الضرر الأدبى عند الكلام فى المسئولية التقصيرية. فما يقال هناك ينطبق هنا، وبخاصة فى تعيين من له حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبى ومتى يمكن انتقال هذا الحق.

٢ – مدى التعويض عن الضرر

٤٥١ – الضرر المباشر المتوقع هو الذى يعوض عنه فى المسئولية العقدية: الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلا، لا فى المسئولية العقدية ولا فى المسئولية التقصيرية. فلا يعوض إذن فى المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct).

ولكن فى المسئولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر، متوقعاً كان (prévisible) أو غير متوقع (imprévisible). أما فى المسئولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ صراحة على هذا الحكم إذ تقول:

(١) أنظر فى الفقه الفرنسى مازوا فقرة ٣٢٩ – فقرة ٣٣٤.
(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٣ ص٩٥٩.
(I) لئن كان من المقرر أنه لا يعيب الحكم أن يدمج الضررين المادى والأدبى ويقدر التعويض عنهما بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما، فان ذلك لا يحول دون قيام تلك الحقيقة الواقعة وهى أن كل عنصر من هذين العنصرين كان له حسابه فى تحديد مقدار التعويض به، ومن ثم إذا أستأنف محكوم ضده حكما نص بالزامه بأداء تعويض عن اضرار مادية وأدبية ولم يكن هذا الحكم قد حدد مقدار ما خص كل عنصر منهما فى التعويض ورأت محكمة الاستئناف عدم الأحقية فى التعويض بالنسبة لأحد هذين العنصرين، فقد وجب عليها عندئذ ان تخصم ما يقابل ذلك العنصر من التعويض المقضى به ابتداء، وهو ما يقتضى بطريق اللزوم النزول به عن المقدار الذى صدر به الحكم المستأنف.
(جلسة ١٩٧٩/٥/١٠ الطعن رقم ٨٦١ لسنة ٤٦ق)
(جلسة ١٩٧٨/٦/٢٧ الطعن ١٧ لسنة ٤٧ق)
(جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص١١٨٩)
(جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص٣٧٣)

«ومع ذلك إن كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد(١)».

ونأتى بمثال يوضح ذلك ننقله عن «نظرية العقد(٢)»: يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر. فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة، وتتلف بعض المفروشات فى أثناء النقل. ثم يكون فى المنزل الجديد «ميكروب» مرض معد ينقل إليه هذا المرض. فالفرق فى الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع. وقيمة المفروشات التى تلفت هى الضرر المباشر غير المتوقع. وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر. والمؤجر لا يكون مسئولا إلا عن الضرر المباشر المتوقع، ما لم يكن قد أخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولا عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. كما فى المسئولية التقصيرية. ولا يكون المدين مسئولا عن الضرر غير المباشر أصلا حتى فى المسئولية التقصيرية(٣).

ومن المهم إذن أن نحدد عند اللبس ما إذا كانت المسئولية عقدية لا تعويض فيها إلا عن الضرر المتوقع، أو هى مسئولية تقصيرية يكون التعويض فيها حتى عن الضرر غير المتوقع. فإذا أصيب الراكب فى حادث وتحققت مسئولية أمين النقل العقدية، لم يكن أمين النقل مسئولا قبل الراكب وورثته من بعده إلا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث. أما إذا طالبت الورثة بتعويض باسمهم الشخصى، لا باعتبارهم ورثة، فإن ذلك يكون على أساس المسئولية التقصيرية. ويستطيعون على هذا الأساس أن يحصلوا على تعويض ما

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق. وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٨ فى المشروع النهائى. وأقره مجلس النواب، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٢١، ثم مجلس الشيوخ. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٥٦٣– ص٥٦٦).
ويقابل هذا النص فى القانون المدنى القديم المادتان ١٨٠/١٢٢ من هذا القانون، ويجريان على الوجه الآتى: «ومع ذلك إذا كان عدم الوفاء ليس ناشئاً عن تدليس من المدين، فلا يكون ملزماً إلا بما كان متوقع الحصول عقلا وقت العقد».
وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «ويكون للمسئولية التعاقدية، فى حالتى الغش والخطأ الجسيم، حكم المسئولية التقصيرية. أما فى غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية للتخلف عن الوفاء بمجردها، بل يشترط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. فإذا لم يتحقق فى النتيجة هذا الشرط، خرجت بذلك من نطاق المسئولية التعاقدية وسقط وجوب التعويض عنها. ويراعى فى هذا الصدد أن توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعويضه يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه، بل ينبغى أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مداه» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٥٦٥).
(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٤ ص٩٥٩.
(٣) استئناف مختلط فى ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م٩ ص٢٦٣ – وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص١٤٠ – وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص٥١ – نقض فرنسى فى ١٨ مايو سنة ١٩١٥ سيريه ١٩١٧ –١–٣٨.

أصابهم هم، لا ما أصاب مورثهم من ضرر متوقع أو غير متوقع[١].

٤٥٢ – ماذا يبرر قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع: ويقال عادة فى تبرير قصر التعويض على الضرر المتوقع إن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر. فالضرر غير المتوقع لا يدخل فى دائرة التعاقد، فلا تعويض عنه. أما إذا كان هناك غش – أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم – فى جانب المدين، فمسئولية المدين تنقلب إلى مسئولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع، وينتقد الأستاذان هنرى وليون مازو فكرة انقلاب المسئولية العقدية بالغش إلى مسئولية تقصيرية، إذ لا يزال المدين مسئولا بالعقد، حتى لو كان سئ النية فى عدم تنفيذه، ويريان أن المسئولية عن الضرر غير المتوقع فى هذه الحالة ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون[٢].

ونرى من جانبنا أن نتلمس مبرراً لقاعدة فى الاعتبارات الآتية: الأصل فى المسئولية، عقدية كانت أو تقصيرية، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله، حتى لو كان غير متوقع. ذلك أن المدين المسئول عن كل هذا الضرر، فهو الذى أحدثه مباشرة بخطأه. إلا أن المسئولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد، فإرادة المتعاقدين هى التى تحدد مداها. وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين، فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افتراضاً معقولا أن المدين قد ارتضاه. ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقى يعدل من مقدار المسئولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع. ولكن لما كان هذا الشرط باطلا فى حالتى غش المدين وخطأه الجسيم كما قدمنا، أصبح المدين فى هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر، متوقعاً كان أو غير متوقع، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقى الذى يعدل من مقدار المسئولية. ولعل هذا التبرير يعين على تفسير القواعد التى سنبسطها الآن فى تحديد الضرر المتوقع.

٤٥٣ – تحديد الضرر المتوقع – توقع سبب الضرر ومقداره – معيار موضوعى: لما كان مفروضاً أن المدين فى المسئولية العقدية لم يلزم نفسه إلا بالضرر المتوقع كما قدمنا، وجب، جرياً وراء هذا الفرض المعقول، أن يكون المدين قد توقع الضرر، لا فى سببه فحسب، بل أيضاً فى مقداره. فإذا تعهدت شركة نقل بنقل «طرد»، ثم ضاع «الطرد» فى الطريق، وتبين أنه يحتوى على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد، فلا تكون الشركة مسئولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر، وهو وقوع خطأ من عمالها قد يسبب ضياع «الطرد»، بل لا تكون مسئولة إلا عن القيمة المعقولة «للطرد»، إذ هى لا تسأل إلا عن الضرر الذى كانت تتوقعه فى سببه وفى مقداره[٣].

(١) مازو ٣ فقرة ٢٣٧٧.

(٢) أنظر مازو ٣ فقرة ٢٣٧٥ – ٣ إلى فقرة ٢٣٧٦.

(٣) نقض فرنسى فى ٧ يولية سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥–١–٣٢١ – ومع ذلك أنظر نقض فرنسى فى ١١ يونية سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ –٢–٣٢٧ – مازو ٣ فقرة ٢٣٨٨.

ويتبنى أيضاً على هذا الفرض المعقول من أن المدين لم يلتزم إلا بالضرر المتوقع، أن الوقت الذى ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت إبرام العقد[1]. فلو أن المدين لم يتوقع الضرر فى هذا الوقت، ثم توقعه بعد ذلك، فإنه لا يكون مسئولا عنه، لأنه لم يلتزم به وقت إبرام العقد. وهذا هو ما ورد صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢١، إذ تنص على أن المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً لا يلتزم «إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد».

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى. فالضرر المتوقع هو – كما يقول النص – الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة، أى الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات. فإذا أهمل المدين فى تبين الظروف التى كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر، فإن الضرر يعتبر متوقعاً، لأن الشخص المعتاد لا يهمل فى تبين هذه الظروف. أما إذا كان عدم توقع المدين للضرر يرجع إلى فعل الدائن، كأن سكت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن «الطرد» يحتوى على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره، فإن الشركة لا تكون مسئولة عن هذا الضرر، إذ من حقها ألا تتوقعه، وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعله. كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة، للحصول مثلا على تعريفة مخفضة للنقل، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذى يترتب على عدم صحة هذه البيانات. بل إن سكوت المدين عن إعطاء بيانات لازمة قد يعتبر فى بعض الأحوال إخفاء للضرر، فيكون المدين معذوراً إذا لم يتوقعه. فإذا سكت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول فى الميعاد لأنه سيشترك فى سباق، أو سيؤدى امتحاناً، أو سيحضر اجتماعاً هاماً، أو سيمضى عقداً، أو سيتقدم فى مزاد، أو نحو ذلك من الأشياء العاجلة التى يجب أن تتم فى وقت محدد، فلا يكون أمين النقل مسئولا عما يقع من ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخراً عن الميعاد، وإنما يكون مسئولا عن الضرر الذى ينجم عن التأخر فى الظروف المعتادة. أما إذا رجع عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن، بل إلى سبب

(1) أ– المدين فى المسئولية العقدية لا يلزم فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، وذلك عملا بالمادة ١/٢٢١ من القانون المدنى، والضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار شخصى بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها الدين، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات.
(جلسة ١٩٧٠/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص٥٣٨)
(جلسة ١٩٧٠/١٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص١٢٠٨)

ب– يجب لاعتبار الضرر متوقعا أن يتوقعه الشخص العادى فى مثل الظروف الخارجية التى وجه فيها المدين وقت التعاقد، ولا يكفى توقع سبب الضرر فحسب، بل يجب أيضا توقع مقداره ومداه.
(جلسة ١٩٧٣/٤/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص٦١٦)
(جلسة ١٩٧١/٤/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص١٧٢)
(جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص٩٣٩)

أجنبي عنهما معاً، فإن المعيار الموضوعي للشخص المعتاد هو الذي يطبق في هذه الحالة، وينظر هل كان الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف الخارجية يتوقع الضرر أو لا يتوقعه[1].

المطلب الثالث
علاقة السببية بين الخطأ والضرر
(Lien de causalité)

٤٥٤– عبء الاثبات: لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، أي أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر. فقد يكون هناك خطأ من المدين، كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر. مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة، فتتكسر البضائع، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه.

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة، فلا يكلف الدائن إثباتها، بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة. فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن. والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، أو يرجع إلى خطأ الدائن، أو يرجع إلى فعل الغير. والنص صريح في هذا المعنى. فقد قضت المادة ٢١٥ بأنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه[2].

٤٥٥– إحالة: يبين مما تقدم أن السببية ركن مستقل عن الخطأ. وينعدم ركن السببية مع بقاء ركن الخطأ قائماً، إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ، بل يرجع كما قدمنا إلى سبب أجنبي. كذلك ينعدم ركن السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج، أو كان السبب المنتج، ولكنه لم يكن السبب المباشر.

والكلام في السبب الأجنبي، وفي السبب المنتج والسبب المباشر، تشترك فيه المسئوليتان العقدية والتقصيرية. لذلك نرجع بحث هذه المسائل حتى نعرض للمسئولية التقصيرية، فنستوفي هناك بحثها تفصيلا.

(١) أنظر انتقاداً لقاعدة قصر المسئولية العقدية على الضرر المتوقع في مازو ٣ فقرة ٢٣٩١-.
(٢) أنظر أيضاً المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي.

الفصل الثالث
زوال العقد

٤٥٦– كيف يزول العقد: العقد يزول بالانقضاء (extinction) والانحلال (dissolution) والإبطال (annulation).

فهو ينقضي بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها، وهذا هو مصيره المألوف.

ولكنه قد يزول قبل تمام تنفيذه، أو قبل البدء في تنفيذه، فينحل. فالفرق إذن بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه، والانقضاء لا يكون إلا عند تمام التنفيذ.

وانحلال العقد غير إبطاله، كلاهما زوال (dispartition) للعقد، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي، أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال. والعقد، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي، لا يزول فحسب، بل يعتبر كأن لم يكن.

وقد رأينا فيما مر كيف يبطل العقد. ونبحث الآن كيف ينقضي وكيف ينحل.

٤٥٧– انقضاء العقد: يجب التمييز هنا بين العقد الفوري والعقد الزمني.

فالعقد الفوري، ولو كان مؤجل التنفيذ، ينقضي بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات. فالبيع مثلا ينقضي بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسلمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد. وكل هذه الالتزامات، عندما يحل وقت الوفاء بها، تنفذ فوراً، جملة واحدة أو على أقساط.

والعقد الزمني انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن، لأن الزمن كما قدمنا عنصر جوهري فيه. فالإيجار ينقضي بانتهاء المدة المحددة، فإذا لم تحدد له مدة انقضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الإخطار الذي يعينه القانون أو الاتفاق. وكالإيجار الشركة وعقد العمل[1].

٤٥٨– انحلال العقد: وينحل العقد قبل انقضائه، بل وقبل البدء في تنفيذه في كثير من الأحيان، باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. فالانحلال باتفاق الطرفين هو التقايل (résiliation conventionnelle). أما الأسباب التي يقررها

(١) أنظر في الإيجار م٥٦٣، وفي الشركة م٥٢٩، وفي عقد العمل م٦٩٤ فقرة ٢ وهذا وقد يبقى العقد حتى بعد انتهاء مدته، ويكون هذا إجراء استثنائياً يقضي به القانون في ظروف استثنائية، كما في التشريعات الخاصة بعقود إيجار المباني عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك. وقد ينقضي العقد حتى قبل انتهاء مدته بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد، كما في الشركة والمزارعة والإيجار الذي تراعى فيه شخصية المستأجر.

القانون لانحلال العقد فأهمها الإلغاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution).

٤٥٩ – التقايل: قد يتقايل المتعاقدان بأن يتفقا على إلغاء العقد. والتقايل يكون بإيجاب وقبول، صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلى[(١)] [(1)]. والأصل أن التقايل ليس له أثر رجعى، فيكون هناك عقدان متقابلان. فإذا تقايل المتبايعان البيع، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشترى، يعقبه عقد بيع ثان من المشترى إلى البائع. وقد يتراضى المتبايعان على أن يكون للتقايل أثر رجعى، فيعتبر البيع بهذا التقايل كأن لم يكن.

وسواء كان للتقايل أثر رجعى أو لم يكن له هذا الأثر، فهو على كل حال، بالنسبة إلى الغير ثم بالنسبة إلى التسجيل، عقد ثان أعقب العقد الأول. ويترتب على ذلك إنه إذا كان العقد الذى حصل التقايل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين، فالتقايل لا يمس حقوق الغير، وترجع العين إلى مالكها الأصلى مثقلة بهذه الحقوق. كذلك يجب تسجيل التقايل كما سجل العقد الأصلى حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول.

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التفاسخ (التقايل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين، وبحسب محكمة الموضوع إذا هى قالت بالفسخ الضمنى أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتى طرفى التعاقد، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد (نقض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢١ ص٤٧٠). وقضت أيضاً بأن حصول التفاسخ من المسائل الموضوعية التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاسخ من عبارات واردة فى أوراق الدعوى مؤدية إليه، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض. فإذا كان كل ما شرطه المشترى فى إنذاره البائع لقبول التفاسخ هو عرض الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والملحقات عرضاً حقيقياً على يد محضر فى ظرف أسبوع، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها على أن الإيداع أيضاً فى ظرف الأسبوع كان شرطاً للتفاسخ، وكان الثابت بالحكم أن المشترى تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستنداً فى ذلك إلى أن المبلغ المعروض لم يكن شاملاً الرسوم التى دفعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع فى الأسبوع، فإنه لا يجوز للمشترى أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض فى حين أن إيداع المبلغ المعروض لم يتم فى الأسبوع (نقض مدنى فى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠١ ص٦٠١.

(I) الأصل فى العقود أن تكون ملزمة لطرفيها بمعنى عدم امكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على فسخ العقد والتقايل عنه وأياً كان الرأى فى طبيعة هذا الاتفاق – وهل يعد تفاسخاً وابراما لعقد جديد – فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين وحسب محكمة الموضوع إذ هى قالت بأيهما أن تورد من القرائن والإدلة أو من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن اراتى طرفى العقد وكيف تلاقت هاتان الارادتان على حله

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٩ الطعن ٢٠٨٣ لسنة ٥٣ق)
(جلسة ١٩٨٥/١٢/١٠ الطعن ٩١٨ لسنة ٥٢ق)
(جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠ الطعن ٧٦٩ لسنة ٤٩ق)
(جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ الطعن ٦١ لسنة ٣٣ السنة ١٨ ص٣٩٤)

٤٦٠ – الالغاء بإرادة منفردة: وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق فى أن يستقل بإلغاء العقد. نص القانون على ذلك فى عقود نذكر منها الوكالة والعارية والوديعة والمقاولة والقرض والإيراد المؤبد وعقد التأمين والهبة والشركة.

ففى الوكالة يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة (م٧١٥)، كما يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن التوكيل (م٧١٦).

وفى العارية، يجوز للمستعير أن يرد الشئ المعار قبل انقضاء العارية (م٦٤٣ فقرة ٣)، ويجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها فى أحوال معينة (م٦٤٤).

وفى الوديعة، يجب على المودع عنده أن يسلم الشئ إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذاظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشئ فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م٧٢٢).

وفى المقاولة، لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م٦٦٣ فقرة ١).

وفى القرض، إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م٥٤٤).

وفى الدخل الدائم، يجوز استبدال الدخل فى أى وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلانه الرغبة فى ذلك (م٥٤٦).

وفى عقد التأمين على الحياة، يجوز للمؤمن له الذى التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل فى أى وقت من العقد بإخطار كتابى يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية، وفى هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة (م٧٥٩). ويجوز له أيضاً، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل، أن يصفى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً (م٧٦٢).

وفى الهبة، يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك، وهذا يعتبر تقايلا. فإذا لم يقبل الموهوب له، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع، متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع (م٥٠٠ – ٥٠٣). والرجوع فى هذه الحالة الأخيرة أقرب إلى الفسخ، لأنه يقع بترخيص من القضاء ويترتب عليه أن تعتبر الهبة كأن لم تكن.

وفى الشركة، يجوز للمحكمة أن تقضى بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل، وهذا ضرب من الفسخ. كما يجوز لأى شريك إذا كانت الشركة

معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة، وفى هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها (م٥٣١)، وهذا أيضاً ضرب من الفسخ لأنه لا يتم إلا بحكم القضاء[1].

٤٦١ – الفسخ ووقف التنفيذ: وفى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضى فسخ العقد، وللقاضى سلطة تقدير هذا الطلب[2]. ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد.

ونقف عند الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لأهميتهما، ونفصل ما يتعلق بهما من الأحكام.

---

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدى ثلاثة نصوص فى إلغاء العقد، حذفتها لجنة المراجعة جميعاً فى المشروع النهائى لأنها تطبيق للقواعد العامة، ويمكن الاستغناء عنها بالمادة ٢١٣ من هذا المشروع (تقابلها المادة ١٤٧ من القانون الجديد).

وهذه النصوص هى:

م٢٢٥ من المشروع التمهيدى: لا يجوز إلغاء العقد إلا باتفاق المتعاقدين جميعاً، وذلك فيما عدا العقود التى تنتهى بموت أحد المتعاقدين.

م٢٢٦ من المشروع التمهيدى: ١– ومع ذلك يجوز أن ينفرد أحد المتعاقدين بإلغاء العقد إذا كان هذا الحق قد اشترط فى العقد أو نص عليه فى القانون. ٢– فإذا كان من أعطى الحق فى إلغاء العقد قد تعسف فى استعمال هذا الحق جاز الرجوع عليه بالتعويض.

م٢٢٧ من المشروع التمهيدى: إذا ألغى العقد فلا ينتهى إلا من يوم انحلاله دون أن يكون لذلك أثر رجعى.

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «والأصل أن إلغاء العقود لا يقع إلا بتراضى المتعاقدين، فيجوز مثلا إلغاء عقد الإيجار إذا كان محدد المدة قبل انقضاء الأجل المعين له باتفاق المؤجر والمستأجر على ذلك، ولكن يجوز أن يقع الالغاء دون حاجة إلى التراضى فى أحوال ثلاث: أولاها حالة العقود التى تكون فيها شخصية المتعاقد ملحوظة كالمزارعة، فيقع إلغاؤها بموت من كانت شخصيته محلا للاعتبار. والثانية حالة العقود التى يحتفظ فيها أحد المتعاقدين لنفسه بحق الإلغاء، فيكون له أن يلغى العقد بإرادته المنفردة، ويكون للعاقد الآخر أن يقتضى ما يجب له من التعويض عند إساءة استعمال هذا الحق. أما الحالة الثالثة فهى حالة العقود التى ينص القانون بصددها على تخويل حق الإلغاء بإرادة منفردة، والأصل فى هذه العقود أن تكون غير محددة المدة (كالشركة والإجارة)، أو أن تكون قابلة للنقض بطبيعتها (كالوكالة)، ويقع الإلغاء فى هذه الحالة بالإرادة المنفردة التى خولها القانون ذلك، فى غير إخلال بما يكون للعاقد الآخر من حق فى التعويض عند الإساءة فى استعمال الحق».

(أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٣١ – ص٣٣٢ فى الهامش).

ويتبين مما نقلناه من نصوص المشروع التمهيدى ومذكرته الإيضاحية أن إلغاء العقد بإرادة منفردة هذا قد يكون مشترطاً فى العقد ذاته، لا آتياً من نص فى القانون. فيستمد من له حق إلغاء العقد بإرادته المنفردة هذا الحق من اتفاق سابق. وهذا ضرب من التقايل يتم باتفاق إرادتين سابقتين مقرونتين بصدور إرادة لاحقة. ويشترط فيه ألا يتعسف صاحب حق الإلغاء فى استعمال حقه.

(٢) والفسخ هو انحلال للعقد بأثر رجعى، ويختلف عن الإلغاء فى أنه يتم عادة بحكم قضائى.

الفرع الأول

فسخ العقد

٤٦٢ – الفسخ والمسئولية العقدية: هناك اتصال بين الفسخ والمسئولية العقدية، فكلاهما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى. فإذا كان العقد ملزماً للجانبين جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه كما قدمنا. وجاز له أيضاً أن يطالب بالتعويض، ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استبقائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض، وهذه هى المسئولية العقدية التى فصلنا أحكامها فيما تقدم.

على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزاماته إما من طريق الفسخ وإما من طريق المسئولية العقدية، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثانى فى بعض الأحوال. إذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه، فتنتفى مسئوليته العقدية، ولكن يبقى الفسخ، بل إن العقد فى هذه الحالة ينفسخ بحكم القانون كما سنرى.

٤٦٣ – أساس نظرية الفسخ: وليست نظرية الفسخ بالنظرية التى تبده العقل القانونى، فيسلم بها بادئ ذى بدء، بل هو ثمرة تطور طويل. فقد كان القانون الرومانى يأبى التسليم بها. وكان العقد الملزم للجانبين فى هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض، ولا تقابل بينها، كما قدمنا فى نظرية السبب. فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ، ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ. ولكن الرومان بعد تطور أفسحوا لفكرة الفسخ مجالاً ضيقاً فى عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً. فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يجعل الحق للبائع فى فسخ البيع إذا لم يدفع المشترى الثمن[1]. وفى الفقه الإسلامى لا يعرف الفسخ نظرية عامة، وإنما أعطى للبائع خيار النقد كشرط لفسخ البيع إذا لم يستوف الثمن. وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسى القديم، فقالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح، ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائى. وساعد على ذلك ظهور نظرية السبب فى القانون الكنسى على النحو الذى قدمناه، وقد ربطت فكرة السبب ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين، لا عند تكوين العقد فحسب، بل أيضاً عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ. ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تبرز بوضوح على أيدى فقهاء القانون الطبيعى حتى أصبحت أمراً مسلماً، وقامت نظرية الفسخ على أساسها. ولكن القانون المدنى الفرنسى عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية، فذكر فى المادة ١١٨٤ على أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً فى العقود الملزمة للجانبين فى حالة ما إذا لم يقم أحد

---

(١) Lex Commissoria (أنظر جيرار ص٧٣٣).

المتعاقدين بما فى ذمته من التزام. وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التى تقضى بجواز فسخ العقد إذا لم يقم المدين بالتزامه. أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه الاعتبارات التاريخية التى قدمناها.

وليس صحيحاً أن أساس الفسخ هو نظرية الشرط الفاسخ الضمنى. ولو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط فينفسخ العقد من تلقاء نفسه. وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائى أو باتفاق، وللقاضى حق التقدير فيجيب طلب الفسخ أو يرفضه، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه، كل ذلك على النحو الذى سنبينه فيما يلى[1].

ولا نميل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ، كما تذهب جمهرة الفقهاء. ونؤثر، كما بينا فى نظرية السبب، أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط (interdépendance) ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضى أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر فيبدو أمراً طبيعياً عادلا أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما فى ذمته من التزام، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام، وهذا هو الفسخ[2].

٤٦٤ – خطة البحث: والفسخ يكون بحكم القاضى، وهذا هو الأصل. وقد يكون باتفاق المتعاقدين. ويكون فى بعض الأحوال بحكم القانون، ويسمى عند ذلك انفساخاً.

فنحن نبحث: (١) فسخ العقد بحكم القضاء (٢) فسخ العقد بحكم الاتفاق (٣) انفساخ العقد بحكم القانون.

---

(١) ومن ثم نرى أن استعمال عبارتى «الشرط الفاسخ الضمنى» و«الشرط الفاسخ الصريح»، اللتين [illegible] كثيراً فى لغة القضاء المصرى وبخاصة فى لغة محكمة النقض، ليس بالتعبير الدقيق.

(٢) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٣٣.

المبحث الأول

الفسخ بحكم القضاء

٤٦٥ – مسائل ثلاث: نتكلم فى مسائل ثلاث: (١) شروط المطالبة بالفسخ (٢) كيف يستعمل حق الفسخ (٣) ما يترتب على الفسخ من أثر.

المطلب الأول

شروط المطالبة بالفسخ

٤٦٦ – النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٧ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«١– فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض».

«٢– ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته»[1].

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢١٨ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً. وأقر فى لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقاً، وأصبح رقم المادة ١٦١ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٥٧، فمجلس الشيوخ. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤١٩ – ص٤٢٢).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب الآخر فسخه، ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به. ويقع الفسخ بناء على حكم يقضى به أو بتراضى العاقدين أو بحكم القانون. وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً على حسب الأحوال. ففى حالة الفسخ القضائى يتخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه، رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً، ويكون العاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل. فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه، وهو يدخل فى حدود الإمكان، كما هو حكم الفرض، تعين أن يستجيب القاضى لهذا الطلب، وجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك. أما إذا اختار الفسخ، فلا يجبر القاضى على إجابته إليه، بل يجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النظرة، مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء، بل ويجوز له أن يقضى بذلك من تلقاء نفسه، وله كذلك، ولو كان التنفيذ جزئياً، أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف عن تنفيذه إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم فى الالتزام. على أن للقاضى أن يجيب الدائن إلى طلبه ويقضى بفسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض دائماً إن كان ثمة محل لذلك. ولا يكون التعاقد ذاته، فى حالة الفسخ، أساساً للالزام بالتعويض إذ هو ينعدم انعداماً تاماً يستند أثره بفعل الفسخ، وإنما يكون مصدر الإلزام فى هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره. على أن القاضى لا يحكم بالفسخ إلا بتوافر شروط ثلاثة: أولها أن يظل تنفيذ العقد ممكناً، والثانى أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه، والثالث أن يبقى المدين على تخلفه، فيكون من ذلك مبرر للقضاء بالفسخ. فإذا اجتمعت هذه الشروط تحقق بذلك ما ينسب إلى المدين من خطأ أو تقصير». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٢٧ – ص٣٢٨).

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الموضوع. وقد كان القانون القديم ينص في المادتين ١٧٣/١١٧ على ما يأتي: «إذا امتنع المدين من وفاء ما هو ملزم به بالتمام فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات، وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذي لم يقم المدين بوفائه فقط».

على أن نص القانون الجديد أكثر إحاطة بالموضوع وأوضح بياناً. ومنه يتبين أن هنالك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد، اثنين منها يصرح بهما النص، والشرط الثالث تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ. وهذه الشروط هي: (١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذي يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى.

١ - لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين

٤٦٧ - العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه القضائي والاتفاقي والقانوني: أن يكون العقد ملزماً للجانبين هو شرط عام في جميع أنواع الفسخ، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون. ذلك أن الفسخ، بأنواعه الثلاثة، مبني على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قدمنا. وليس يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التي ينشأ عنها التزامات متقابلة. فهي وحدها التي تتوافر فيها حكمة الفسخ.

وقد قدمنا عند الكلام في تقسيم العقد إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد أن بعض العقود التي كانت تعتبر عقوداً ملزمة لجانب واحد في عهد القانون المدني القديم، كالعارية والقرض ورهن الحيازة، يرد عليها الفسخ. وقدمنا أن الفقهاء اختلفوا في أمر هذه العقود مذاهب شتى. فمنهم من ينكر فيها حق الفسخ. ومنهم من يقرره ولكن يسميه إسقاطاً (déchéance) لا فسخاً (résolution). ومنهم من يقره على أنه فسخ ويذهب إلى أن حق الفسخ يكون في العقود الملزمة لجانب واحد. وعندنا أن الفسخ يرد في هذه العقود لأنها عقود ملزمة للجانبين حتى في عهد القانون المدني القديم، وقد سبق لنا بيان ذلك.

أما العقود التي لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد، كالوديعة والوكالة إذا كانتا بغير أجر والهبة إذا كانت بغير عوض، فقد قدمنا أنه لا يمكن تصور الفسخ فيها لأن فيها طرفاً واحداً هو الملتزم، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة في طلب الفسخ إذ ليس في ذمته أي التزام يتحلل منه بالفسخ، بل مصلحته هي في المطالبة بتنفيذ العقد.

٤٦٨ - وكل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ: وإذا كانت العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ، فإن الفسخ من جهة أخرى

جميعاً(١). وسنرى أن العقد الزمني يرد عليه الفسخ بأثر يختلف عن أثر الفسخ في العقد الفوري.

وقد كان القانون المدني القديم يستثني عقداً واحداً ملزماً للجانبين يمنع فيه الفسخ هو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة. فكانت المادتان ٥٨٨/٤٨٠ تنصان على أنه «يجوز لصاحب الإيراد في حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها»(١). فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه، وليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العيني، فيبيع من أموال المدين ما يكفي ريع ثمنه لأداء المرتب المتفق عليه. وقد كنا انتقدنا هذا النص في عهد القانون القديم(٢)، ورأيناه نصاً غريباً يخرج على القواعد العامة دون سبب ظاهر. وقد نقله المشرع المصري عن المشرع الفرنسي(٣). ومن أجل ذلك ورد القانون المدني الجديد قاطعاً في هذه

(١) أنظر أيضا المادة ١٩٧٨ من القانون المدني الفرنسي، وهي لا تمنع الفسخ إلا في حالة عدم الوفاء بالإيراد دون الحالات الأخرى المذكورة في نص القانون المصري القديم.

(١) أ- ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني من تخويل كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه، هو من النصوص المكملة للإرادة التعاقدية ولهذا فان هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح يحظر فيه طلب الفسخ.

(جلسة ١٩٨٢/٦/١٥ الطعنان ٥٩٨، ٦٧٢ لسنة ٤٠ق س٣٣ ص٧٥٧)
(جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ الطعن ٢٣ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٣٢٥)

ب- العقد الذي تبرمه الحكومة مع مقاول رست عليه مناقصة أشغال عامة، سواء اعتبر عقدا مدنيا أو عقدا اداريا، فإن وصفه لا يحول دون القضاء بفسخه إذا أخل المقاول بالتزاماته المحددة فيه.

(جلسة ١٩٥٤/٤/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص٧٨٨)
(جلسة ١٩٧٥/٦/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص١١٤١)

جـ- الفسخ القضائي كما يرد على البيع بالممارسة يرد على البيع بالمزاد العلني جبريا كان أو اختياريا.

(جلسة ١٩٧٦/٦/٢١ الطعن ٤٠٥ لسنة ٤٦ق).

د- الفسخ يرد على الصلح، كما يرد على سائر العقود الملزمة للجانبين فإذا لم يقم أحد المتصالحين بما أوجبه الصلح في ذمته من التزامات جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له محل.

(جلسة ١٩٧٥/٢/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص١٧٣٥)

هـ- لما كان الاقرار أخبارا بأمر وليس انشاء لحق فلا ترد عليه احكام الفسخ، فان الحكم المطعون فيه وقد رد على دفاع الطاعنين المؤسس على أن عقد الصلح قد فسخ لعدم تنفيذ ما ابرم من أجله، فإن ذلك العقد ينطوي على اقرار بملكية المطعون عليه بوصفه شريكا في العقار، وان هذا الاقرار لا يسقط بعدم تنفيذ عقد الصلح، فان هذا الذي قرره الحكم صحيح في القانون.

(جلسة ١٩٧٢/١٢/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص١٣١٧)

(٢) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٣٨.

(٣) ويعلل الفرنسيون النص الذي ورد في قانونهم بتعليلين كل منهما محل للنظر: (الأول) أن عقد =

المسألة، وقد رد عقد الإيراد المرتب مدى الحياة إلى القواعد العامة، ولم يمنع فيه الفسخ، فنصت المادة ٧٤٦ على أنه «إذا لم يقم المدين بالتزامه، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد، فإن كان العقد بعوض جاز له أيضاً أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل».

وذهب القضاء الفرنسي إلى أن عقد القسمة لا يجوز فيه طلب الفسخ إذا لم يقم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلاً، وإنما يطالب المتقاسم الذى أخل بالتزامه أن ينفذ هذا الالتزام. ويريد القضاء الفرنسي من ذلك أن يحافظ على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقض القسمة بالفسخ(١). وهذا القضاء أيضاً محل النظر. والأولى أن يترك الأمر لتقدير القاضي وهو الذى يغلب المصلحة الراجحة فيقضي بالفسخ أو لا يقضي، وهذه هى القاعدة العامة فى الفسخ فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها(٢).

٢ – لا يكون الفسخ إلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

٤٦٩ – عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي: إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالته لسبب أجنبي، فإن التزام المدين ينقضي فينقضي الالتزام المقابل له، وينفسخ العقد بحكم القانون. وهذا ما سنعرض له بعد قليل.

ومن ذلك نرى أنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً لسبب أجنبي خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانفساخ(٣).

=الإيراد المرتب مدى الحياة عقد احتمالي. فإذا سمحنا بفسخ العقد وإعادة الشئ إلى أصله، وأمكن الدائن أن يرد إلى المدين ما قبضه من الإيراد، فماذا يسترد المدين؟ إذا اكتفى باسترداد رأس المال، يكون قد حرم من جزء من الغلة المدة التى بقى فيها رأس المال عند المدين هو الفرق ما بين غلة رأس المال جميعه وغلة المقبوض من الإيراد. وإذا قيل إن الدائن يستبقى ما قبضه من الإيراد ولا يسترد من رأس المال إلا بنسبة ما بقى من عمره إلى ما انقضى منه منذ قبض الإيراد، تعذرت معرفة الباقى من عمره إذ ليس لقانون الاحتمال أثر فى حادث فردى – ولم نر هذا التعليل مقنعاً، فمن السهل عند فسخ العقد أن نجعل الدائن يرد ما قبضه من الإيراد مع فوائده القانونية ويسترد رأس المال مع فوائده القانونية، وبذلك نعيد كل متعاقد إلى حالته الأصلية قبل التعاقد (قارن ما أوردناه فى هذا الخصوص فى نظرية العقد ص٦٨٤ هامش رقم ١). (والتعليل الثانى) أن الدائن يكون عادة فى حاجة إلى الإيراد يؤثره على رأس المال، ففيه ضمان لحاجته وأمن من تقلبات سعر الاستغلال فيما لو استرد رأس المال، والفسخ يضيع عليه ذلك – ولكن هذا التعليل هو أيضاً غير مقنع، فإن الفسخ إنما يكون جائزاً للدائن لا واجباً عليه، فما عليه إذا رأى المصلحة فى عدم الفسخ، إلا أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ، ويطلب الفسخ إذا كان فى مصلحته كما إذا رأى أنه يستطيع أن يستغل رأس المال عند استرداده على وجه أكثر نفعاً.

(١) نقض فرنسى فى ٩ مايو سنة ١٨٣٢ سيريه ٣٢–١–٣٦٧.

(٢) على أن القضاء الفرنسى ذاته أجاز اشتراط جواز الفسخ فى عقد القسمة (نقض فرنسى فى ٦ يناير سنة ١٨٤٦ داللوز ٤٦–١–١٦).

(٣) أنظر فى هذا المعنى محكمة مصر الوطنية فى ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص٤٦٧ – نقض فرنسى فى ٥ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دى باليه ١٥ يونية سنة ١٩٢٠ – قارن نظرية العقد للمؤلف ص٦٨٥ هامش رقم ١ والمراجع المشار إليها فى هذا المكان.

٤٧٠ – عدم التنفيذ يرجع إلى فعل المدين: فيجب إذن أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلاً بفعل المدين، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ. ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد. وقد رأينا أن المسئولية العقدية تتحقق أيضاً فى هذا الفرض، فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية أو المطالبة بفسخ العقد. بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ، وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية(1).

٤٧١ – عدم التنفيذ الجزئي: وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً – ويعتبر فى حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ معيباً – فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ. والقاضي في استعمال حقه في التقدير ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ، أو يكفي إعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ. فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ، بقي عليه أن يرى هل يقضي بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر. ويقضي بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي من الالتزام.

٣ – لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها

٤٧٢ – وجوب أن يكون الدائن مستعدا للقيام بالتزامه وأن يكون من الممكن إعادة الشئ إلى أصله: ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه الذى نشأ من العقد الملزم للجانبين. فليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام(2).

أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبي، فإن العقد ينفسخ بحكم القانون انفساخه فيما إذا كانت الاستحالة فى جانب المدين.

(1) إذ يدل نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أن الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى.

(جلسة ١٩٧٥/٣/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص٤٥٧)

(2) لا يكفى للحكم بالفسخ أن يكون الفسخ وارداً على عقد ملزم للجانبين وأن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى غير السبب الأجنبى وانما يشترط أيضاً أن يكون طالب التنفيذ مستعدا للقيام بالتزامه الذى نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة إلى تنفيذه من يوم تحريره، فإذا كان قد أخل هو بالتزامه هذا فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما فى ذمته من التزام.

(جلسة ١٩٦٩/٤/٨ الطعن ٤٨ السنة ٣٥ق س٢٠ ص٥٧١)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص٨٤٠)

(جلسة ١٩٧٨/١/١٩ الطعن ٥٨ لسنة ٤٤ق)

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشئ إلى أصله، فلابد للحكم بالفسخ أن يكون للدائن الذى يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ. فإذا كان قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد، وباعه من آخر، فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشئ من يد المشترى ليرده إلى من تعاقد معه إذ فى هذا إخلال بالتزام الضمان. وسنرى فى العقود الزمنية أن الفسخ فيها لا يمس ما سبق تنفيذه من هذه العقود، فليس من الضرورى إذن للمطالبة بفسخها أن يرد ما سبق تنفيذه.

أما إذا كان المدين هو الذى استحال عليه أن يرد الشئ إلى أصله، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ، ويقضى على المدين فى هذه الحالة بالتعويض (م١٦٠). وسيأتى بيان ذلك.

المطلب الثانى

كيف يستعمل حق الفسخ

٤٧٣ – إعذار المدين: قضت الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ بأن الدائن، حتى يطالب بفسخ العقد، يعذر المدين مطالباً إياه بالتنفيذ(1). ولم يكن فى القانون القديم نص على الإعذار، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته(١). على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً(٢).

وإعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له على كل حال أهمية عملية تظهر فى أمرين: (١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ. (٢) ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ(٣).

ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين بأن كان

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى أول أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧٨ ص١٤٩ – محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م٣ ص١٦٥.

(1) أ– اعذار المدين هو وضعه قانونا فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه، والأصل فى هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام، ومن ثم فلا يعد اعذارا اعلان المشترى بصحيفة دعوى فسخ البيع لاخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام.

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٥ الطعن ٥٤٤ سنة ٤٨ق)

ب– وإذا كان بروتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم باعلانها المحضر إلى المدين لاثبات امتناعه عن الدفع... فان البروتستو يعتبر اعذارا للمدين بالمعنى٥٧٥٥٧٥٥٧٥٥٧٥ الذى يتطلبه القانون فى الاعذار.

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص١٠٢٨)

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٩٥ ص٢١٦ – محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٠٤.

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ يونية سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٣٥٠.

التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل شئ وعمله المدين (م٢٠٠)(1).

٤٧٤ – صدور حكم بالفسخ: ولابد من رفع دعوى وصدور حكم بفسخ العقد. ونص المادة ١٥٧ من القانون الجديد صريح فى هذا المعنى، وقضاء المحاكم فى عهد القانون القديم مضطرد فى وجوب صدور حكم بالفسخ(١).

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق. ففى الفسخ بحكم الاتفاق (وكذلك الانفساخ بحكم القانون) يكون الحكم مقرراً للفسخ لا منشئاً له، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشئ للفسخ(2). ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ فى هذه الحالة من أعمال التصرف، وإذا رفع الوصى دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة المختصة كانت الدعوى غير مقبولة(٢).

(١) قضت محكمة النقض بأنه من المتفق عليه فقهاًوقضاء أن الشرط الفاسخ الضمنى، كالتأخر عن دفع الثمن فى ميعاده، لا يقضى بذاته الفسخ، بل لابد لفسخ العقد من حكم قضائى بذلك، وهذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص١٥٢ – أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية فى ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ – وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٥ ص٤٨ – محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٦٢ – وفى ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٠٤ – وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ٣٤ ص٢٠٨ – وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤٣٧ – وفى ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص١٨٧ – وفى ٤ مارس سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٢٣.

(1) أ– وان كان يتعين لكى تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقا للشرط الفاسخ الضمنى أن ينبه البائع على المشترى بالوفاء تنبيها رسميا إلا أن محل ذلك ألا يكون المشترى قد صرح بعدم رغبته من القيام بالتزامه فإذا كان المشترى قد عرض ثمنا أقل مما هو ملزم سداده وصمم على ذلك لحين الفصل فى الدعوى فلا تكون هناك حاجة لكى يصح الحكم بالفسخ – إلى ضرورة التنبيه على المشترى بوفاء الثمن المستحق.

(جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة احكام النقض ١ لسنة ٧ ص٦٣١)

ب– لا ضرورة للاعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه ان اعتبر الاخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فان مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المقاولة قد أصبح غير ممكن تنفيذه، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق اعذار المدين بالتنفيذ العينى لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٦/٤/٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص٧٩٧).

(2) إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر اعمالا لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدنى لا استنادا إلى وجود شرط فاسخ صريح فى العقد فان هذا القضاء يكون منشئاً للفسخ لا مقررا له.

(جلسة ١٩٦٦/٤/٥ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٧ ص٧٩٧)

(٢) استئناف مصر فى ٢٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ٣٢٣ ص٦٧١.

وقضت محكمة النقض بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكماً. فالشرط الفاسخ الضمنى لا يستوجب الفسخ إذ هو خاضع لتقدير القاضى، وللقاضى أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ. أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ من القانون =

٤٧٥ – الخيار بين الفسخ والتنفيذ: فإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ. وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي.

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل ، قبل الحكم، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ. كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه إلى الفسخ[(١)]. على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ فى طلب واحد[(٢)]. كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطلبين، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما نزولاً منه عن الطلب الآخر[(٣)].

=المدنى (القديم) موجب للفسخ حتماً، فلا يملك معه القاضى إمهال المشترى المتخلف عن أداء الثمن، ولا يستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى إلى الوفاء، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة فى الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار، وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشترى إذ قصر فى الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً فى طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى جميع العقود التبادلية، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت إن الفسخ كان متفقاً عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وأنه قد ثبت لها تخلف المشترى فهى تقرر حق البائع فى الفسخ نزولا على الشرط الفاسخ الصريح عملا بنص المادة ٣٣٤ مدنى (قديم).
ثم لم تلبث أن قالت فى آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسبابا لحكمها، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرطى الفسخ الصريح والضمنى طبيعة وحكما، وهذا تعارض فى أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه (نقض مدنى فى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص١٥٥).
وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم الابتدائى قد بنى الفسخ الذى قضى به على الشرط الضمنى، ثم جاء الحكم الاستئنافى مقاماً من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائى، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر (نقض مدنى فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ ص٣٥) – على أنه قد يجتمع الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق فى عقد واحد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وباق له من غير أى اشتراط فى العقد بخصوصه، فإن تفسيرها لا غبار عليه (نقض مدنى فى ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ ص٧٥٠).

(١) استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص١٣٧– وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٩٦ – وفى ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ م٣٨ ص١٨٧.

(٢) استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٩٦ وقد سبقت الإشارة إليه – وفى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٨٨.

(٣) ولمحكمة الموضوع أن تقدر هل تعتبر العمل الذى صدر من المدين نزولا عن أحد الطلبين، كما إذا تقدم فى توزيع لمال المدين ويراد أن يفهم من ذلك نزوله عن الفسخ: نقض فرنسى فى ١٦ مارس سنة ١٨٤٠ سيريه ٤٠–١–١٢١ – وكما إذا رضى ببيع صدر من المشترى منه فنزل بذلك عن حقه=

وللمدين كذلك، قبل النطق بالحكم النهائى، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ[(١)](1). ولا يبقى فى هذه الحالة إلا أن يقدر القاضى ما إذا كان هناك محل للحكم بتعويض للدائن

=فى المطالبة بفسخ البيع الأول: نقض فرنسى فى ١٥ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩٠٩ –١–٣٩١ – وكما إذا أجرى المشترى إصلاحات فى العقار الذى اشتراه فنزل بذلك ضمنا عن حقه فى طلب فسخ البيع: استئناف مختلط فى ٣ أبريل سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٢٤٩ – وكما إذا طالب البائع المشترى بدفع الثمن واتخذ إجراءات تحفظية لذلك فنزل ضمنا عن الفسخ: استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٩٦.
سبقت الإشارة إليه – وكما إذا تقدم البائع كدائن بالثمن فى تفليسة المشترى فلا يجوز له أن يطلب استرداد الشئ المبيع بعد ذلك: استئناف مختلط فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٨٨ وقد سبقت الإشارة إليه.

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يسوغ للمستأجر أن يمنع الحكم بفسخ الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع المبلغ المستحق قبل صدور الحكم النهائى (٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص٢٨٣). وقضت بأنه إذا طلب البائع من المحكمة فسخ البيع لعدم قيام المشترى بدفع ثمن المبيع، فللمشترى أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن، ولو بعد صدور الحكم عليه، وإنما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشئ المحكوم به أو تأييده استئنافياً. وهذا الحق الذى للمشترى يرجع إليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد أن حكمت، ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ، لأن قبول الالتماس يعيد إلى الخصوم حقوقهم التى كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض (٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ – أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية فى ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ – وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٩ – محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص١١٤) – على أن كثيراً من أحكام القضاء المختلط كان يذهب إلى عكس ذلك، ولا يجعل المدين يتجنب الفسخ بأن ينفذ التزامه قبل صدور الحكم النهائى: استئناف مختلط فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٥٨ – وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص١٠١ – وفى ٩ يناير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٠٩ ص٤٧ – وفى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٣٧١. ولكن محكمة النقض حسمت الأمر، فقضت بأنه إذا كان الشرط الذى تضمنه العقد شرطاً فاسخاً ضمنياً، فللمشترى – إلى أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ – الحق فى توقى الفسخ بدفع الثمن – وإذا كان المشترى يعرض على البائع باقى الثمن إلا عند رفعه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ، فمن الخطأ أن تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات الدرجتين فى حكمها برفض دعوى الفسخ، إذ هو كان محقاً فى طلب الفسخ حتى اتقاه المشترى بهذا العرض، فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا بمصروفات الاستئناف إلى وقت حصول العرض (نقض مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص٥٨).

(1) – من المقرر أن الفسخ المبنى على الشرط الفاسخ الضمنى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى يخول للمدين الحق أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائى ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن فلا عبرة بمقدار ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائى.
(جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ الطعن ٣٧٦ لسنة ٥٤ق)
(جلسة ١٩٨٩/٣/٦ الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق)
(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٨ الطعن ٢٠٢٢ لسنة ٥٤ق)
(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢ الطعن ١٩٥٤ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١٣٩٠)
ويلاحظ الحالات التى يقضى فيها القانون بحرمان المدين من توقي الفسخ كالشأن في قانون إيجار الأماكن حين يقضى بفسخ الأجارة بسبب الايجار من الباطن أو التنازل من المستأجر ولو أزال المستأجر المخالفة قبل صدور الحكم. (جلسة ١٩٧٩/٢/٧ الطعن ٥٠٩ لسنة ٤٦ق)

عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه. ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

كذلك القاضي ليس محتماً عليه أن يحكم بالفسخ. بل إن له في ذلك سلطة تقديرية. فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك[1]. وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه[1][2]. وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته». ومما يحمل القاضي على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله في ذلك إهمالاً واضحاً رغماً من إعذار الدائن له قبل رفع الدعوى[٢]. ومما يحمله على استبقاء العقد أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته كما يقول النص[٣]. ومما يحمله على إعطاء المدين أجلا للتنفيذ أن يكون للمدين عذر

(١) محكمة الإسكندرية الوطنية في ٢٧ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٤- محكمة طنطا الكلية في ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٣٥ ص٤١٨ - استئناف مختلط في ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٣٩- وفي أول أبريل سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٢٥٨ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٠٨ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤٣٧ - ومع ذلك أنظر استئناف مختلط في ١٨ يونية سنة ١٨٩٠م ٢ ص٣٥٠- ولكن القانون الجديد صريح في جواز عدم استجابة القاضي لطلب الفسخ وإعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه.

(٢) أو أن يكون الفسخ مشترطاً صراحة إذا تحققت ظروف معينة على وجه التحديد استئناف مختلط في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٢٦.

(1) تقدير كفاية اسباب الفسخ أو عدم كفايتها، ونفي التقصير عن طالب الفسخ أو اثباته هو من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة.
(جلسة ١٩٧٠/٣/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص٤٥٠)
(جلسة ١٩٧٩/٤/٥ الطعن ١١٣ لسنة ٤٦ق)

(2) الفسخ إذا لم يشترط بنص في العقد، فأنه يكون طبقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدني، خاضعا لتقدير قاضي الموضوع، يحكم به أو يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه، وان كان الوفاء في غضون هذا الأجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ فان انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الفسخ حتما، إذ لا ينطوي منح الأجل ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذي بموجبه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وانما تبقى سلطة قاضي الموضوع التقديرية فيظل العقد قائما، ويكون الوفاء بالالتزام لا يزال ممكنا بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائي، ويكون لقاضي الموضوع تقدير ظروف التأخير في الوفاء فيقضي بالفسخ أو برفضه.
(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٦٨٣)
(جلسة ١٩٧٨/١/١٤ الطعن ١٧٥ لسنة ٤٤ق)
(جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص١٢٢٠)
(جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص١٢٩٦)

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح، وكان الفسخ مقاما على الشرط الفاسخ الضمني، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب في حال الإخلال الجزئي إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل في قصد العاقدين فسخ العقد.=

في تأخره عن التنفيذ، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر[١]، أو أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين[٢]. ولا يمنع القاضي أن يعطي مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى[٣]. وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضونها، وليس له أن يتعداها، بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى[٤]. ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك[٥][1]. وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ، فإنه يجوز للقاضي في هذا الصدد

=وسلطة المحكمة في استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها (نقض مدني في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص٤٩٨).

(١) استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٢٥٨ (ولم يتسلم المشتري السندات، ولكن ذلك لم يصبه بضرر ما وكان في إمكانه تسلمها) - وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٨ (أراد البائع لأرض انتهاز فرصة أن المشتري تأخر قليلاً عن دفع جزء من الثمن ليفسخ الصفقة بعد أن ارتفع ثمن الأراضي).

(٢) وإذا كان هناك خطأ في جانب كل من الطرفين، فقد يدعو ذلك القاضي إلى عدم الحكم بالفسخ والاكتفاء بالتعويض (استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٢٠). وقد يخطئ المدين في تفسير العقد فيتأخر وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه، فلا يكون هذا التأخر مبرراً للفسخ (محكمة مصر المختلطة الجزئية في أول فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣-١٧٣ ص٩٠).

(٣) فللقاضي إذن سلطة التقدير، فله أن يفسخ العقد، وله أن يعطي المدين مهلة لتنفيذ التزامه. وسلطته هذه مسألة موضوعية لا معقب عليها من محكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن فصل محكمة الموضوع في صدد كتابة الأسباب لفسخ التعاقد أمر موضوعي خارج عن رقابة محكمة النقض. فلا تثريب عليها إذا هي رأت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقد، وبينت الأسباب التي استندت إليها في ذلك (نقض مدني في ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ ص٥٦٦). وقضت أيضاً بألا يكون الشرط الفاسخ مقتضيا الفسخ حتما إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار. أما الشرط الضمني الفاسخ فلا يلزم القاضي به، بل هو يخضع لتقديره. فللقاضي ألا يحكم بالفسخ، وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ (نقض مدني في ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص١٠٨٦). وقضت أخيراً بأنه لما كان القانون لا يوجب على القاضي في خصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يقضي به، إنما خوله سلطة تقديرية، فله أن يحكم به، وله أن يعطي المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام في غضونها، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - أنظر أيضاً نقض مدني في ٨ يونية سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥١ ص٤١٩ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص٧١٢).

(٤) على أنه يجوز إعطاء مهلة ثانية إذا كانت المهلة الأولى أعطيت في دعوى بالتنفيذ لا في دعوى بالفسخ (نقض فرنسي في ٨ يناير سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ -١-٤٩٧).

(٥) نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية وقد سبقت الإشارة - استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٣٠.

(1) يلاحظ أن أحكام محكمة النقض اللاحقة على هذا الحكم قضت بأن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الفسخ حتما، انظر البند السابق.

– طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ – فى حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم(١).

٤٧٦– تقادم دعوى الفسخ: ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها، فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار، طبقاً للقواعد العامة فى التقادم المسقط(1). وهذا بخلاف دعوى الإبطال، فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال(٢).

المطلب الثالث

ما يترتب على الفسخ من أثر

٤٧٧– النصوص القانونية: نصت المادة ١٦٠ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض»(٣).

---

(١) ونرى من ذلك أن القاضى يجوز له أن ينظر المدين إلى آجال، أى إلى أجل بعد أجل، إلى أجل واحد.

(1) لئن كان حق المشترى فى استرداد الثمن من البائع فى حالة فسخ البيع يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير حق. الأمر الذى أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذ الالتزام زال سببه بعد أن تحقق وهو ما ينطبق على حالة ما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه فى عقد فسخ بعد ذلك إلا أنه فى حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه – طبقا للمادة ١٥٩ مدنى – لاستحالة تنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية بسبب الاستيلاء لديه على الأطيان المبيعة تنفيذا لقانون الاصلاح الزراعى ومنازعه البائع فى حصول هذا الانفساخ قبل رفع الدعوى وأثناء نظرها لا يقضى برد الثمن إلا كأثر من الآثار المترتبة على فسخ العقد أو انفساخه طبقا للمادة ١٠٦ من القانون المدنى وإذا كانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى ولا تقادم إلا بخمس عشرة سنة فأنه طالما يكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى فأنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن إذ لا يكون هذا الثمن مستحق الأداء وممكنا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ.

(جلسة ١٩٦٨/٦/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٣٤٥)

(٢) ويوجد بين الفسخ والإبطال، إلى جانب هذا الفرق، فرقان آخران: (أ) يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، ويرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى نقص فى الأهلية أو عيب فى الإرادة (ب) فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضى كما بيناه أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضى ليست له سلطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال.

(٣) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا كان ذلك مستحيلا استبدلا به تعويضا يعادله. ٢– على أن فسخ العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص اكتفاء بورود حكمها فى نص عام فى التسجيل هو المادة ١٣٧، وأدخلت تعديلات لفظية على العبارة الأخيرة =

ويلاحظ أن هذا النص عام، يبين ما يترتب على الفسخ من أثر، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون. ويتبين من النص أيضاً أنه إذا حكم القاضى بفسخ العقد فإن العقد ينحل، لا من وقت النطق بالحكم فحسب، بل من وقت نشوء العقد. فالفسخ له أثر رجعى، ويعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن، ويسقط أثره حتى فى الماضى. وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون، حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ ولا ينشئ الفسخ. فإنه أيضاً مفهوم فى الفسخ بحكم القاضى ولو أن الحكم هنا منشئ للفسخ لا مقرر له(1). ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشأ للفسخ وأن يكون له أثر رجعى، فالحكم بالشفعة حكم منشئ ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم.

والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير.

٤٧٨– أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين: ينحل العقد ويعتبر كأن لم يكن. وتجب إعادة كل شئ إلى ما كان عليه قبل العقد.

فإذا كان العقد بيعاً وفسخ، رد المشترى المبيع إلى البائع، ورد البائع الثمن إلى المشترى(2). ويرد المبيع بثمراته والثمن بفوائده القانونية، وذلك كله من وقت المطالبة

=من الفقرة الأولى، فصارت كالآتى: فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض معادل»، وأصبح رقم المادة ١٦٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد حذف كلمة «معادل» الواردة آخر النص نفيا لشبهة الاتجاه إلى تقرير حكم يخالف القواعد العامة فى التعويض، وأصبح رقم المادة ١٦٠، ثم مجلس الشيوخ. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٢٦– ص٣٣٠).

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «يترتب على الفسخ قضائياً كان أو اتفاقياً أو قانونياً، انعدام العقد انعداما يستند أثره، فيعتبر كأن لم يكن. وبهذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد، بعد أن تم فسخه. وإذا أصبح الرد مستحيلا وجب التعويض على الملزم وفقاً للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق. ومع ذلك فقد استثنى المشروع من حكم هذه القاعدة صورة خاصة تعرض فى فسخ العقود الناقلة للملكية العقارات. فنص على أن هذا الفسخ لا يضر بالغير حسن النية إذا كان قد تلقى من العاقد الذى آلت إليه ملكية العقار بمقتضى العقد المفسوخ حقا على هذا العقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ (أنظر المادة ٣٧٥ من المشروع). ومؤدى هذا أن يظل حق الغير قائماً، ويرد العقار مثقلا به، رغم فسخ العقد الناقل للملكية. وغنى عن البيان أن هذا الاستثناء يكفل قسطا معقولا من الحماية للغير حسن النية، ويهيئ بذلك للتعامل ما يخلق به من أسباب الاستقرار» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٢٩).

(1) إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر اعمالا لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدنى لا استنادا إلى وجود شرط فاسخ فى العقد فان هذا القضاء يكون منشئا للفسخ لا مقررا له.

(جلسة ١٩٦٩/٧/٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص١١١٨)

(2) النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى يدل على أن يترتب على فسخ عقد البيع انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعة إلى البائع، بالحالة التى كانت عليها وقت التعاقد، وأن يرد إلى المشترى ما دفعه من الثمن.

(جلسة ١٩٨٣/٣/٨ الطعن ١٤٥٨ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص٦٥٢)

القضائية طبقا للقواعد العامة[١]. واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق، كما رأينا في البطلان ويسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله[٢].

وإذا بنى المشترى أو غرس في العين المبيعة طبقت القواعد العامة (م٩٢٤ – ٩٢٥)، ويعتبر المشترى في هذا الخصوص حسن النية أو سيئها تبعاً لما إذا كان الفسخ حكم به له أو عليه[٣].

وإذا هلك المبيع، وكان المشترى هو الذى يطالب بالفسخ، لم يجب إلى طلبه إذ تتعذر عليه إعادة الشئ إلى أصله كما قدمنا، ولكنه يستطيع المطالبة بتعويض على أساس المسئولية العقدية. أما إذا كان البائع هو الذى يطالب بالفسخ، وهلك المبيع في يد المشترى، فإن كان الهلاك بخطأ المشترى حكم عليه بالتعويض، وقد قضت المادة ١٦٠ بأنه إذا استحال الرد حكم بالتعويض كما رأينا. فإذا كان الهلاك بسبب أجنبى، وطبقت قواعد دفع غير المستحق في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان، وجب القول بأن المشترى وقت تسلم المبيع، والعقد قائم لم يفسخ، كان حسن النية، فلا يكون مسئولا عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة، كما إذا انتفع بأنقاض منزل في بناء منزل آخر. وللبائع أن يسترد الشئ التالف في الصورة التى آل إليها دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف. غير أنه لا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ بعد أن يعلم أن المبيع قد هلك بسبب أجنبى، فالخير له في هذه الحالة أن يستبقى البيع، فيطالب بالثمن، وبذلك يتحمل المشترى تبعة الهلاك[٤].

وللدائن الذى أجيب إلى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام

---

(١) هذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً، هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع، ويقضى «إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه، أو يقدم ضماناً لهذا الرد وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس». وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأنه تطبيق للقاعدة في حق الحبس. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٣١ في الهامش) – فإذا اعتبر أن التزام البائع برد الثمن قد ترتب في ذمته بسبب التزام المشترى برد المبيع وارتبط كل التزام بالآخر (م٢٤٦)، كان لكل من الطرفين أن يحبس ما بيده حتى يسترد ما بيد الآخر. ويكون هذا صحيحاً أيضاً في حالة البطلان.

(٢) استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٢٨٤.

(٣) استئناف مختلط في ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص٧٠ – وفى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ ... ١٤ رقم ٢١٨ ص١٣٨ – حلمى عيسى باشا في البيع فقرة ١٦٤٨ – نجيب الهلالى باشا ... فقرة ٧٠٠ ص٤٨١.

(٤) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٥٦ – وإذا استبقى المشترى المبيع في يده بعد فسخ البيع ولم ... رده فأصبح سيئ النية، ثم هلك المبيع بسبب أجنبى، وجب على المشترى أن يرد للبائع قيمة ... وقت الهلاك، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت ... (م٩٨٤). وهذا هو الحكم في استرداد ما دفع دون حق إذا هلك في يد من تسلمه وهو سيئ ...

المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه، لإهمال أو تعمد[١]. والتعويض هنا يبنى على المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية[أ]، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض، وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين، ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لا عملاً قانونياً كما في البطلان. أما العاقد الذى لم يقم بتنفيذ التزامه فليس له أن يطالب بالتعويض[٢]. وإذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه، جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسئولية العقدية كما قدمنا، لأن العقد في هذه الحالة بقى قائماً ولم يفسخ. فيصح إذن للدائن أن يحصل على تعويض، إما مع بقاء العقد على أساس المسئولية العقدية، وإما بعد فسخ العقد على أساس المسئولية التقصيرية. وهذا هو ما عنته الفقرة الأولى من

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه «ينفسخ حتما عقد البيع باستحالة تنفيذه، يستوى في ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشترى أو بتقصير البائع. ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات من أحد العاقدين على الآخر. فإذا كان المشترى قد أنذر البائع له وكلفه بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التعاقد بينهما ليقوم الحكم فيها مقام عقد رسمي قابل للتسجيل، وبسبب مطل المدعى عليه وتسويفه لم يحكم نهائياً للمدعى إلا بعد نزع الملكية جبراً ورسو مزاده بالفعل على الدائن المرتهن، فإن هذا يكفى لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاءا بعد تكليف المشترى للبائع رسمياً بالوفاء بالتزامه، مما ينفسخ به البيع من تاريخ نزعة الملكية، ويجعل البائع مسئولا عن النتائج التى ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن مع التضمينات. فإذا حكمت المحكمة في هذه الحالة برفض طلب المدعى التضمينات، واسترداد ثمن المبيع استناداً إلى قيام الحكم الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لخروج المبيع جبراً من ملك البائع، كان حكمها خاطئاً متعينا نقضه» (نقض مدنى في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص٤٤٣).
والحكم فيما قضى به صحيح، لأن البائع في القضية هو المقصر بعد أن كلف بالوفاء رسمياً، ولم تنزع الملكية جبراً عنه إلا بعد هذا التكليف. فالعقد يفسخ عليه ويلتزم بالتعويض. ولكن الذى يؤخذ على الحكم أنه قرر في قاعدة عامة أن العقد ينفسخ باستحالة التنفيذ ولو كانت الاستحالة راجعة إلى تقصير المشترى. وقد رأينا أن الاستحالة إذا رجعت إلى تقصير المشترى، كان للبائع أن يطالبه بالتعويض إما على أساس المسئولية العقدية، وفى هذه الحالة يبقى العقد قائماً، وإما على أساس فسخ العقد مع التعويض.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن فسخ العقد بسبب خطأ أحد العاقدين لا يجعل له الحق في المطالبة بتعويض (نقض مدنى في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ ص٥٢٠).

(أ) النص في المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض ان كان له مقتض، يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فان هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وانما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ، وإذا كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ في جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما اصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الاركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى مادام أن ذلك لم يؤثر في النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها.
(جلسة ١٩٧٨/١/١٩ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ق)
(جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص٤٠١)

المادة ١٥٧ حين قضت بأن للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه «مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض».

وإذا كان العقد زمنياً، كالإيجار، وفسخ لم يكن لفسخه أثر رجعي، لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصى على هذا الأثر. ذلك أن العقد الزمني يقصد الزمن فيه لذاته، فالزمن معقود عليه، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه[1]. ويترتب على ذلك أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها، ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة، ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك. وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض[2]، فيبقى لها ضمان امتياز المؤجر[3].

وليس فيما قررناه إلا تطبيق للقواعد العامة وقد تحرينا أن نطبق هذه القواعد في حالة الفسخ كما طبقناها في حالة البطلان[4].

٤٧٩ – أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير: ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعي أيضاً. فإذا كان العقد بيعاً، وباع المشترى العين إلى مشتر ثان أو رتب عليها حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق انتفاع، ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه، رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق.

على أنه يجب، للوصول إلى هذه النتيجة، تسجيل دعوى الفسخ على غرار تسجيل دعوى البطلان. وقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه «يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها

(١) أنظر في هذا المعنى رسالة الدكتور عبد الحي حجازي في عقد المدة ص١٨٩– ص٢٠٠، وما أشار إليه من أحكام القضائين الفرنسي والمصري ومن أقوال الفقهاء. وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٥٦ – وقارن أيضا محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ يونية سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٩٨ ص١٣١.

(٢) أنظر في تقرير التعويض عن فسخ العقد الزمني رسالة الدكتور عبد الحي حجازي في عقد المدة ص٢٠٠ – ص٢٠٩.

(٣) وهذا بخلاف إبطال العقد الزمني، فإن العقد يعتبر كأن لم يكن بالإبطال، ويكون المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالإبطال تعويضاً لا أجرة، فلا يكفله امتياز المؤجر، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في البطلان.

(٤) ودعوى الفسخ كدعوى الإبطال دعوى شخصية، لا يطلب فيها إلا الحكم بفسخ العقد. فإذا اقترنت بطلب رد الشيء كانت الدعوى شخصية أيضاً، لأن الطلب يكون مبنياً على التزام شخصي هو رد ما تسلمه المدين دون حق كما قدمنا.

ويلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن في مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية. ذلك لأنه يسترد ما أعطاه دون أن يشترك معه فيه بقية دائني المدين، فهو ممتاز من هذه الناحية، بعكس ما لو اقتصر على طلب تنفيذ العقد، فإنه يصبح في هذه الحالة كبقية الدائنين، ويشترك هؤلاء معه شر[illegible] غرماء. فدعوى الفسخ والمقاصة والحق في الحبس وحق الامتياز، كل هذه تخدم غرضاً عملياً وا[illegible]

الطعن في التصرف الذي تضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع. فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجل تلك الدعاوى». وتنص المادة ١٧ من هذا القانون معدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما. ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول».

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها، فإن حقه يزول بفسخ العقد، سواء كان سيء النية أو حسنها. أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها، بأي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية، فإن حقه يزول إذا كان سيء النية، ويبقى إذا كان حسن النية.

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً، هو المادة ١٠٣٤، وتقضى بأنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن». ويعتبر هذا النص تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة التي وردت في المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري.

وقد سبق بيان كل ذلك في البطلان، والفسخ مثل البطلان في الأثر.

المبحث الثاني

الفسخ بحكم الاتفاق

٤٨٠ – النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٨ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

«يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه[1]». ولا يقابل هذا النص في القانون القديم إلا نص ورد في عقد البيع، هو المادتان ٤١٦/٣٣٤، جرتا على النحو الآتي:

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ٢١٩ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لولا بعض خلاف لفظي. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٦٢ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بتعديل لفظي جعله مطابقاً للنص الوارد في القانون الجديد، تحت رقم المادة ١٥٨، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٢٢ – ص٣٢٣).

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أما الفسخ الاتفاقي =

«إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن، فليس للمحكمة فى هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشترى، بل ينفسخ البيع إذا لم يدفع المشترى الثمن بعد التنبيه عليه تنبيهاً رسمياً، إلا إذا اشترط فى العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمى».

ولم يستحدث القانون الجديد فى هذا الصدد شيئاً إلا أنه عمم القاعدة التى وردت فى عقد البيع، وهذا ما كان القضاء المصرى يجرى عليه من قبل دون حاجة إلى نص.

٤٨١ – متى يكون الاتفاق على الفسخ– التدرج فى هذا الاتفاق: قد يتفق المتعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه. فإذا تم هذا الاتفاق بعد أن يخل المتعاقد بالتزامه فعلا – ويقع ذلك غالباً فى ثنايا إجراءات التقاضى بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلن المدين بقبول الفسخ قبل صدور حكم فى الدعوى – كان هذا بمثابة تقايل ذى أثر رجعى[١]. ويحل الاتفاق فى هذه الحالة محل الحكم وله أثره، ما لم يكن هناك تواطؤ بين المتعاقدين للإضرار بحقوق الغير[٢]. ولكن الغالب فى العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدماً وقت صدور العقد.

وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان فى اشتراط الفسخ وقت صدور العقد. فأدنى مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته. وقد يزيدان فى قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه. بل قد يتدرجان فى القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. ثم قد يصلان إلى الذروة فيتفقان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار.

ونبحث الآن فى حكم كل شرط من هذه الشروط، مستهدين فى ذلك بما جرى عليه القضاء فى عهد القانون القديم، إذا لم يغير القانون الجديد من ذلك شيئاً كما تقدم.

٤٨٢ – الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً: حكم هذا الشرط يتوقف على ... المتعاقدين. فقد يكونان أرادا به تحتيم الفسخ إذا أخل المدين بالتزامه، فيتحتم على ...

= فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائى عند ... عن الوفاء. ويفضى مثل هذا الاتفاق إلى حرمان العاقد من ضمانتين: (أ) فالعقد يفسخ حتما ... يكون لهذا العاقد، بل ولا للقاضى، خيار بين الفسخ والتنفيذ. (ب) ويقع الفسخ بحكم الا... حاجة للتقاضى. على أن ذلك لا يقيل المدين من ضرورة الترافع إلى القضاء عند منازعة ال... واقعة تنفيذ العقد. بيد أن مهمة القاضى تقتصر، فى هذه الحالة، على التثبت من هذه الوا... تحققت لديه صحتها أبقى على العقد، وإلا قضى بالفسخ. على أن حرمان المتعا... الضمانتين لا يسقط عنه ضمانة أخرى، تتمثل فى ضرورة الإعذار، ما لم يتفق المتعاقدان على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٢٨).

(١) استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص٢٣.

(٢) استئناف مختلط فى ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م٣١ ص١٢٦ – وهذه هى الدعوى البولصية ... كسب الغير حقا عينيا قبل تسجيل دعوى الفسخ وكان حسن النية، فإن حقه يبقى ... بالرغم من الفسخ حتى لو لم يكن هناك تواطؤ، وقد تقدم بيان ذلك.

فى هذه الحالة أن يحكم بالفسخ. ولكن هذا لا يغنى عن رفع الدعوى بالفسخ ولا عن الإعذار[١].

إلا أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو. والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يقررا فى ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ. وعلى ذلك لا يغنى الشرط عن الإعذار، ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ، ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية، فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ، وله أن يعطى للمدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك. بل هو لا يسلب المدين حقه من توقى الفسخ بدفع الثمن إلى أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ[1]. وهذا هو ما قررته محكمة النقض فى أحكامها الأخيرة. فقد قضت بأن شرط الفسخ لا يعتبر صريحاً فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) إلا إذا كان يفيد انفساخ عقد البيع من تلقاء نفسه. أما إذا تعهد المشترى بأداء باقى ثمن المبيع فى ميعاد عينه، فإن لم يؤده فى هذا الميعاد كان للبائع الحق فى فسخ البيع ولو كان قد سجل، فهذا ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المنصوص عليه فى المادة ٣٣٢ من القانون المدنى (القديم)[٢].

(١) محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ – محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨– استئناف مختلط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣٣٣ – وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٦٥ ص٩٣١ – وقارن استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص١٥٩.

(٢) نقض مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص٥٨ – وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه. ولما كانت عبارة الشرط الواردة فى نهاية عقد الصلح، ونصها «إذا أخلت المشترية بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغياً» لا تفيد المعنى الذى يذهب إليه الطاعنان، بل ما هى إلا ترديد للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين (نقض مدنى فى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٨٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر – أنظر أيضا محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة ١ ص٨٣ – وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ – استئناف مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٦٢).

الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الاخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه، وإذا كانت عبارة الشرط الواردة فى عقد البيع أنه «إذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة به يعتبر البيع لاغيا فان هذا الشرط لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية ألا تقضى بالفسخ استناداً إلى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد لما تبينته من ان الباقى من الثمن بعد استنزال قيمة العجز فى البيع قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته فأنها لا تكون قد خالفت القانون.

(جلسة ١٩٧٣/١/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص٤٩)

(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ الطعن ٦٥٤ لسنة ٤٥ق س٢٩ ص١٣٢٨)

٤٨٣ – الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (de plein droit):

ويفسر هذا الشرط فى أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضى سلطته التقديرية، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه، ولا يملك إلا الحكم بالفسخ. فيصبح الحكم بالفسخ محتماً كالحكم بالإبطال(1). ولكن الشرط لا يغنى عن إعذار المدين، ولا عن رفع الدعوى بالفسخ. ويكون الحكم منشئاً للفسخ لا مقرراً له، كما هو الأمر فى القاعدة العامة للفسخ.

ولا تعارض فى هذه الحالة بين إعذار الدائن المدين وتكليفه بالتنفيذ، وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك، فإن الإعذار لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة بفسخ العقد، بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ. وهذا هو ما قررته محكمة النقض، إذ قضت «بأن المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) تقتضى أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن، كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشترى إذا لم يدفع الثمن بعد إعذاره بإنذار ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار. ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشترى بإنذاره أى يكلفه بالوفاء. فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من إعمال خياره فى الفسخ. وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح(١)».

٤٨٤ – الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم:

وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه(2)، فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا الحكم ينشئ فسخ العقد. وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين

---

(١) نقض مدنى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص٦٨٨ – أنظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ – وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم – واستئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م٣ ص١٦٥ – وفى ٦ يونية سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٦٢ – وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص١١.

(1) لا يشترط القانون ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير اسباب الفسخ، وكل ما يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له.

الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو انذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن فى ميعاده من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ، وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه.

(جلسة ١٩٨١/١١/١٨ الطعن ٣٨٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص٢٠٥٢)

(2) الشرط الفاسخ الصريح. اثره. انفساخ العقد بمجرد التأخير. لا ينال من ذلك أن يكون لصاحبه الخيار بين إعمال الشرط أو التنفيذ.

عرض باقى الثمن بعد تحقق الشرط الفاسخ الصريح ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه.

(جلسة ١٩٩٤/٥/١١ الطعن ٢٢٥٩ لسنة ٥٩ق السنة ٤٥ ص٨١٨)

فى إعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه، فيقتصر القاضى فى هذه الحالة على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه(1). فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ، ولكن حكمه يكون مقرراً للفسخ لا منشئاً له.

ولا يعفى الشرط من إعذار المدين. فإذا أراد الدائن إعمال الشرط، وجب عليه تكليف المدين بالوفاء. فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعذار، انفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذى بيناه فيما تقدم.

على أنه لا شئ يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من فسخه، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ(2).

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن «الاتفاق فى عقد الإيجار على أن يفسخه تأخر المستأجر فى دفع الأجرة ليس تعليقاً للعقد على شرط فاسخ بكل معناه، فإن النتيجة اللازمة لهذا التعليق هى أن يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر فى سداد الأجرة بغير خيار للدائن، وقد يرغب الاستمرار فى تنفيذ العقد عيناً رغم التأخر فى السداد، وبذلك يكون فسخ العقد خاضعاً لمطل المستأجر ورغبته. إنما هو اتفاق مقصود به تحسين مركز المؤجر وتقوية ضمانة قبل المستأجر. فالفسخ هو حق له، يجوز أن يتمسك به أو يتنازل عنه. وبذلك لا يقع الفسخ إلا إذا اختاره بالتنبيه على المستأجر بذلك، إلا إذا اتفق على إعفائه من هذا التنبيه بنص صريح فى العقد. وهذه الفكرة هى رجوع عن قاعدة الفسخ القضائى، وهى قاعدة القانون الفرنسى المعروفة، إلى قاعدة التشريع الألمانى الذى يعلق فسخ العقد لا على قضاء القاضى، بل على خيار الدائن وإعلان هذا الخيار للمدين(١)».

---

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٩٥ ص٢١٦ – أنظر أيضاً محكمة أسيوط الكلية فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٢٠ ص٦٦٩ – استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص١٠٠ – وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٤١ ص٢٠٩ – وفى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢١١ – وفى ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٢٦.

وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية أيضاً بأن «الحالة الوحيدة التى يجوز للطرفين فيها الاتفاق على اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بإخلاء المستأجر عند تأخره فى أداء الأجرة هى التى ينص فيها على أن هذا التأخر يفسخ العقد بغير حاجة لاستصدار حكم بذلك، فبهذا النص يقع الفسخ بمجرد التأخر فى سداد الأجرة» (المحاماة ١٣ رقم ٣٠٠ ص٥٨٧).

(1) الشرط الفاسخ الصريح يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقدير فى هذا الصدد بحيث لا يبقى لاعتبار العقد مفسوخاً إلا أن يتحقق فعلا السبب الذى يترتب عليه الفسخ.

(جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ الطعن ٦٥٦ لسنة ٤٣ق)

(2) الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح فى العقد عند التأخير فى سداد باقى الثمن. قبول البائع للوفاء المتأخر. أثره. اعتباره متنازلاً عن إعمال الشرط الفاسخ الصريح. لا يبقى له عند تحقق ذلك =

٤٨٥ – الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار: وهذا هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة. وفى هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إعذار المدين، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر إعمال الشرط على النحو الذى بيناه فيما تقدم، ويكون الحكم إذن مقرراً للفسخ لا منشئاً له[1]. وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار[1]. والاتفاق على الإعفاء من شرط الإعذار يجب أن يكون صريحاً، كما يقضى نص المادة ١٥٨، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد لما ينطوى عليه من خطورة بالنسبة إلى المدين.

=سوى التمسك بالفسخ القضائى، خضوع أمر الفسخ لتقدير محكمة الموضوع القضاء به. شرطه. أن يظل المشترى متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم.

(جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢ الطعن ٧٣١١ لسنة ٥٩ق السنة ٤٥ ص١٠٩٢)

(١) ولكن للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله. وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا فى قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف «الشيك» المحول إليه، كان العقد مفسوخاً حتما من تلقاء نفسه دون إنذار، فامتنع المصرف من صرف «الشيك» لبعض إجراءات شكلية، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود فى المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة «الشيك» أو أن يعطيه «شيك آخر»، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً. وقد قضت المحكمة بأن الدائن متعنت فى تقديره، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٩٤) – وفى قضية أخرى اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذى كان موجوداً فى العقد الأول، ولا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص١١) – وفى قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين فى دفع قسط، وقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد، ثم تمسك فجأة بحقه فى الفسخ عندما تأخر المدين عن ميعاد قسط، فإن تساهله السابق يحمل على أنه غير متمسك بالشرط، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢١١).

(1) المقرر أنه ولئن كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو انذار عن تخلف المشترى عن الوفاء بالتزاماته، ومنه عدم سداد أى قسط من أقساط الثمن فى ميعاده، من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب اعمال ذلك إذ أن للقاضى الرقابة التامة للوقوف ابتداء من عبارة العقد وعلى مدى قيام الشرط أو انطباقه ثم التثبت بعد ذلك من وقوعه وتحققه كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون اعماله فان تبين له أن الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ صراحة أو ضمنيا لقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد جاز له أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى وأن ينزل دونه على واقعة الدعوى احكام الفسخ القضائى.

(جلسة ١٩٩١/١٢/٢٥ الطعن ٧٩٦ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٦ الطعن ١٦٦١ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٤/١١/٧ الطعن ٥٦٩ لسنة ٤٩ق).

(جلسة ١٩٨٢/١٢/١٤ الطعن ١٩٢٠ لسنة ٥١ق)

ويلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه، وإلا كان تحت رحمة المدين، إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه. ويترتب على ذلك أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته فى ذلك، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان الدائن لم يتمسك به[1].

ومن ثم نرى أن هذا الشرط هو وسط بين الفسخ القضائى والانفساخ بحكم القانون. فهو أعلى من الفسخ القضائى – وكذلك أعلى من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه – فى أن الحكم بالفسخ فيه، إذا قامت حاجة لصدوره، يكون مقرراً للفسخ لا منشئاً له. وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون فى أن العقد لا ينفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته فى ذلك.

وهذه المبادئ قررتها محكمة النقض. فقد قضت بأنه «إذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه، فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء، وله الحق فى تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور المستعجلة، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ. ولا يبقى له فى اعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها. ولا يؤثر فى مدلول هذا الشرط وأثره القانونى أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده، لأنه فى الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر. والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره على طلب الأجرة فى دعوى سابقة هو قول مردود، لأن التنازل الضمنى عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك فى أنه قصد بها التنازل عنه. وليس فى المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التى يترتب الفسخ على التأخر فى دفعها[2]».

---

(١) قارن فى هذا الصدد ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أنه «إذا نص فى عقد بيع أنه إذا تأخر المشترى عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائى ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال، كان للمشترى الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغيا مثل ما للبائع سواء بسواء (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٤ رقم ٢٧٠ ص٣٢٩). ولكن يلاحظ فى هذه القضية أن المشترى قد دفع عربوناً للبائع، فيحق له الرجوع فى البيع ويصبح العربون حقاً مكتسباً للبائع.

(٢) نقض مدنى فى ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ١٩٢ ص٥٤٠ – أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية فى ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٦ ص١٦٣ – استئناف مختلط فى ١٢ أبريل سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢ ص٢٦٠ – وفى ١٣ مايو سنة ١٨٨٦ بوريللى م١٧٧ – وفى ٦ يونية سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٦٢ – وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص١٠ – وفى ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٤٦ – وفى ٢٠ مارس سنة ١٩١٣م ٢٥ ص٢٥٠ – وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ١٧ ص٢٠ – وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص٨١ – وفى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢١١ – وفى ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٩٢.
=

٤٨٦ – ما يترتب على الفسخ الاتفاقي من أثر: ذكرنا فيما تقدم أن نص المادة ١٦٠ هو نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو باتفاق المتعاقدين أو بمقتضى القانون.

فإذا فسخ العقد بحكم الاتفاق، في أية صورة من الصور التي تقدم ذكرها، سواء كان الفسخ بحكم منشئ أو بحكم مقرر أو بغير حكم أصلا، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م١٦٠)(1).

=وقضت محكمة النقض أيضاً في هذا المعنى بأنه «متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشترى عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمي أو غير رسمي، فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بالمادة ٣٣٤ مدني (قديم). ولا يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى. ومتى وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد فإن إيداع الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه» (نقض مدني في ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر٤ رقم ٦٠ ص١٥٧).

هذا وليس من الضروري أن يوضع الشرط الذي نحن بصدده في الصيغة المتقدم ذكرها. بل إن لأية صيغة تدل على هذا المعنى كافية. ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه «إذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأميناً للسداد، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أي حق عيني مقدم عليه، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقارى بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها في العقد كان البنك في حل من قبول التقسيط، وتعرفت نية المدين في عدم تقديمه التأمين من خطاب صادر منه، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك بالتقسيط وبأحقيته في الاستمرار في التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في شئ» (نقض مدني في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص٣٦). وقضت أيضاً «بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح في معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم). وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفي عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفي المشترى الثمن في الميعاد المتفق عليه. ونصا على أنه عند إخلال المشترى بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح، أي اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه، فإنه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها» (نقض مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص٦٨٨).

(1) أ– مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدني، أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه ويعتبر كان لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدم للآخر، ويقوم استرداد الطرف الذي نفذ التزامه ما سدده للآخر من مبالغ في هذه الحالة على استرداد ما دفع بغير حق الأمر الذي اكدته المادة ١٨٢ من القانون المدني بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق، لما كان ذلك ولما كانت المادة ٣/١٨٥ من القانون المدني تلزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد من يوم رفع الدعوى فان الحكم المطعون فيه إذ الزم الطاعن بالفوائد اعتبارا من تاريخ =

وينحل العقد بأثر رجعي، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، وذلك فيما عدا العقود الزمنية، كل هذا على التفصيل الذي تقدم بيانه عند الكلام في أثر الفسخ بحكم القاضي.

المبحث الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون

٤٨٧ – النصوص القانونية: نصت المادة ١٥٩ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

«في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه(1)».

=قيد صحيفة الدعوى موضوع الطعن بقلم كتاب المحكمة المنظورة أمامها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون.

(جلسة ١٩٨١/٣/٦ الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٧٦/١٠/١٩ الطعن ٤٥٨ لسنة ٤٠ق س٢٧ ص١٤٦٧)

ب– النص في المادة ١٦٠ من القانون المدني على أنه «إذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد....» تعطى الدلالة على الاثر الرجعي للفسخ، وعلى شموله العقود كافة، إلا أنه من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المتحرر الدوري التنفيذ – كالايجار – أنه يستعصي بطبيعته على فكرة الأثر الرجعي، لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذي ينعقد عليه، والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه، فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء في تنفيذه، فان آثار العقد التي انتجها قبل الفسخ تظل قائمة عمليا ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض ولا يعد العقد مفسوخاً إلا من وقت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قبله ويعتبر الفسخ هنا بمثابة الغاء للعقد في حقيقة الواقع.

(جلسة ١٩٧٩/٢/٧ الطعن ٥٠٩ لسنة ٤٦ق س٣٠ ص٤٩١)

جـ– الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الاصلي إذ هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي، ولا يقيد بالتعويض المقدر بمقتضاه، فان استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن.

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٨ الطعن ٦٦٣ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص١٠٢٠)

(1) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ٢٢٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتض». وحذفت لجنة المراقبة عبارة «مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتض»، وأصبح رقم المادة ١٦٣ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ نوقشت عبارة «دون حاجة إلى حكم قضائي» فقيل في الدفاع عن بقائها إنها عبارة بيانية لأن الأصل في الفسخ أن يصدر به حكم من القضاء، فإذا كان متفقاً عليه في العقد وقع من وقت تحقق سببه، وإذا رفع الأمر إلى القضاء اقتصر على التحقق من قيام هذا السبب دون أن يملك =

ويجب أن يقرأ مع هذا النص نصان آخران متصلان به أوثق الاتصال، هما المادتان ٣٧٣ و٢١٥.

فالمادة ٣٧٣ تنص على ما يأتي: «ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه».

والمادة ٢١٥، وقد سبق ذكرها، تنص على ما يأتي: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه».

ونرى من مجموع هذه النصوص أن الالتزام لا ينقضي بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي، وأن العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام. فالعقد إذن لا ينفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي(1)، وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبي بقى ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض.

=حرية التقدير. ولكن اللجنة حذفت هذه العبارة «لأنها تزيد قد يوحي بتقييد حق الترافع إلى القضاء وهذا حق لم يقصد النص إلى حرمان أحد العاقدين منه، وكل ما قصد إليه أن الفسخ يعتبر واقعاً بمجرد انقضاء الالتزام المقابل بسبب استحالة التنفيذ». وأصبح رقم المادة ١٥٩. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٢٤- ص٣٢٦).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «يبقى بعد ذلك أمر الفسخ القانوني وهو يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه. فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه، ولهذه العلة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضي بل وبغير إعذار، متى وضحت استحالة التنفيذ وضوحا كافيا. على أن الترافع إلى القضاء قد يكون ضرورياً عند منازعة الدائن أو المدين في وقوع الفسخ. بيد أن موقف القاضي في هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلا، فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون، لم يقضي بالتعويض أو برفض القضاء به، تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب أجنبي لا يد له فيه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٢٨) – هذا ويلاحظ أن العبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية التي وضعنا تحتها خطاً غير صحيحة، لأنها تفترض أن الاستحالة التي ينفسخ بها العقد قد تكون راجعة إلى خطأ المدين، والصحيح أن الاستحالة لا ينفسخ بها العقد من تلقاء نفسه إلا إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي.

(1) أ- ينفسخ عقد البيع حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين، فإذا أثبت الحكم المطعون فيه أن التزام البائعين بنقل ملكية المطحن المبيع قد صار مستحيلا بسبب التأميم فأنه يكون قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع إلى سبب أجنبي لايد للبائع فيه وإذا كان وقوع الاستحالة بهذا السبب الأجنبي لا يعفي البائع من رد الثمن الذي قبضه بل إن هذا الثمن واجب رده في جميع الأحوال التي يفسخ فيها العقد أو ينفسخ بحكم القانون وذلك بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون=

ولم يستحدث القانون الجديد في هذه المسألة شيئاً، فقد كان هذا هو أيضاً حكم القانون القديم، إذ نصت المادتان ٢٤٢/١٧٩ من هذا القانون على ما يأتي: «إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها في نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق. ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية».

ويتبين مما قدمناه أن الاستحالة تنفيذ الالتزام إذا لم ترجع إلى سبب أجنبي بقى المدين ملتزماً بالعقد. أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي، فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون . ونستعرض كلا من الحالتين.

٤٨٨ – استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي: إذا استحال على المدين في العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، فإن المادة ٢١٥ تقضي كما أسلفنا بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. وهذه هي المسئولية العقدية التي فصلنا قواعدها فيما تقدم. فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً، وهو لم يثبت السبب الأجنبي فتبقى علاقة السببية مفروضة، وبذلك تتحقق مسئوليته العقدية على أساس قيام العقد. ويتبين من ذلك أن العقد لم ينفسخ في هذه الحالة، بل على النقيض من ذلك قد بقي وتأكد وجوده، إذ أصبح هو الأساس للمطالبة بالتعويض.

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي. فللدائن، وقد أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه، بدلا من أن يطلب

= المدني ويقع الغرم على البائع نتيجة تحمل تبعة انتفاء التزامه الذي استحال عليه تنفيذه ومن ثم يكون غير منتج دفاع البائع بعلم وقوع خطأ منه.
(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ الطعن ١٨٢ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٥٦٥)

ب- القوة القاهرة تعتبر من الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وينقضي بها التزام المدين دون أن يتحمل تبعه عدم تنفيذه، ويشترط لذلك أن تكون القوة القاهرة قد حلت خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام فإذا كانت قد حلت بعد انتهاء تلك الفترة، فلا يسوغ للمدين أن يتمسك بها للتخلص من تبعة عدم تنفيذ التزامه أو التأخير فيه.
(جلسة ١٩٩١/٥/٢٧ الطعن ٢٥٧٩ لسنة ٥٧ق)

جـ- المقصود بالاستحالة التي ينقضي بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطروء حالة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه.
(جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ الطعن ٤٤٦ لسنة ٢٢ق س٧ ص٧٨٩)
(جلسة ١٩٥٨/١١/١٣ الطعن ٢٣٠ لسنة ٢٤ق س٩ ص٦٨٩)

د- يصح اعتبار الفيضان العالي غير المنتظر قوة قاهرة يكون من أثرها اعفاء الملتزم من تنفيذ التزامه ولا ينفي اعتباره كذلك سبق وقوع مثله في الماضي.
(جلسة ١٩٦٣/٤/١٨ الطعن ٩٩ لسنة ٢٨ق س١٤ ص٥٦٠)
(جلسة ١٩٦٦/١٢/١٣ الطعن ٣٩٣ لسنة ٣٢ق س١٧ ص١٨٨٩)

التعويض على أساس المسئولية التقصيرية. وفى هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يجيبه طلبه، إذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلا، في بفسخ العقد. والحكم هنا منشئ للفسخ لا مقرر له، والعقد لم ينفسخ بحكم القانو فسخ بحكم القاضى.

٤٨٩ – استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى: أما إذا كانت استحالة التنفيذ تر إلى سبب أجنبى، فإن الالتزام ينقضى طبقاً للمادة ٣٧٣ التى تقدم ذكرها، وينفسخ ال من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩(١). والعلة فى هذا واضحة، فقد انقضى التزام الم لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى(I)، فلم يعد ثمة محل للمسئولية العقدية ليختار الد بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبى. فلم ي إلا فسخ العقد. ولذلك نص القانون على أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه. ولا محل ل للإعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً. ولأن التنفيذ لم يعد مم لا يكون هناك خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ – وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائن ف جميع صور الفسخ القضائى والاتفاقى – ولا يبقى ممكناً إلا فسخ العقد. كذلك لا ضرو لحكم قضائى بالفسخ، فالعقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون كما قررنا. وإذا التج الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبى أمر محقق – فق يقوم نزاع فى ذلك – وأن العقد قد انفسخ، فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشئه، على النح الذى رأيناه فى بعض صور الفسخ الاتفاقى(٢).

٤٩٠ – مبدأ تحمل التبعة: فإذا انفسخ العقد بحكم القانون، كانت التبعة فى انقضا الالتزام الذى استحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام. فهو لا يد له فى استحال التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى، ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائ بتنفيذ الالتزام المقابل. فالخسارة فى نهاية الأمر تقع عليه وهو الذى يتحملها. وهذا ه مبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين.

---

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٤٠ والهامش رقم ١ من ص٦٨٥.

(٢) هذا وقد تكون استحالة تنفيذ الالتزام قائمة قبل نشوئه أو تكون قد جدت بعد ذلك، فإن كانت قائمة قبل نشوئه وكانت استحالة مطلقة، كان العقد باطلاً لاستحالة المحل. أما إذا كانت الاستحال نسبية، سواء كانت قائمة قبل نشوء الالتزام أو جدت بعده، وكذلك إذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد إلا بعد نشوء الالتزام، فإن العقد ينشأ صحيحاً ثم ينفسخ.

والمراد بالالتزام الذى استحال تنفيذه هو الالتزام الأساسى الناشئ من العقد، دون الالتزام الثانوى أ التبعى. فالتزام البائع الأساسى هو نقل الملكية والتسليم، والتزام المشترى الأساسى هو دفع الثمن كذلك يعتبر التزاماً أساسياً فى عقد الإيجار التزام المؤجر بتسليم العين والتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع، والتزام المستأجر بدفع الأجرة والتزامه بالمحافظة على العين.

(I) لا ينفسخ الالتزام العقد إلا إذا أصبح الوفاء به مستحيلا استحالة مطلقة بسبب قوة قاهرة أو حادث جبرى طارئ لا قبل للمدين بدفعه أو توقعه وأن يكون ذلك سبب أجنبى عنه.
(جلسة ١٩٥٥/١١/١٠ الطعن ١٦٧ لسنة ٢٢ق)
(جلسة ١٩٩١/٥/٢٧ الطعن ٢٥٧٩ لسنة ٥٧ق)

ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين، وهى الفكرة التى انبنى عليها انفساخ العقد(١). ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد، كالوديعة غير المأجورة، واستحال تنفيذ التزام المودع عنده لسبب أجنبى، بأن هلك الشئ فى يده بقوة قاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع، فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين. والسبب فى ذلك واضح، إذ الدائن – وهو هنا المودع – ليس فى ذمته التزام يتحلل منه فى مقابل تحلل المدين – وهو هنا المودع عنده – من التزامه. فالدائن هو الذى يتحمل الخسارة فى آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين، وهو الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة.

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين، والدائن هو الذى يتحملها فى العقود الملزمة لجانب واحد(٢).

٤٩١ – الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون: وإذا انفسخ العقد بحكم القانون، ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق كما سبق القول. فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد (م١٦٠)(I). ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة.

---

(١) أنظر فى هذا المعنى رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر فى نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى القاهرة سنة ١٩٥٠ فقرة ٢٦.

(٢) أنظر فى الموضوع رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر التى سبقت الإشارة إليها – والقانون الفرنسى يجعل التبعة فى عقد البيع على الدائن لا على المدين، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه هلك على المشترى لا على البائع، فالهلاك يكون إذن على المالك (*resperit domino*) (أنظر م١٦٢٤ من القانون المدنى الفرنسى). وكذلك فعل فى عقد المقايضة (م١٧٠٧). ولكنه عدل عن هذا الحكم، وجعل الهلاك على المدين، إذا كان فى العقد شرط واقف وهلك الشئ قبل تحقق الشرط. كذلك جعل تبعة الهلاك فى عقد الشركة على المدين (م١٨٦٧ فقرة أولى) – والقانون المصرى القديم كان فى مثل هذا الاضطراب، فهو فى البيع يجعل تبعة الهلاك على المدين طبقاً للقاعدة العامة التى قدمناها فى تحمل التبعة (م٣٧١/٢٩٧)، وكذلك يجعل التبعة على المدين فى العقد المعلق على شرط واقف تمشياً مع هذه القاعدة العامة (م١٦٠/١٠٦). ولكنه من جهة أخرى يجعل التبعة على الدائن فى بيع المقدرات (م٣٠٧/٢٤١) وفى عقد الشركة (م٤٢٤ /٥١٦) أنظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٠.

وقد تجنب القانون المصرى الجديد هذا الاضطراب، وجعل القاعدة العامة التى تقضى بأن التبعة على المدين فى العقد الملزم للجانبين قاعدة مضطردة. فطبقها فى البيع، سواء كان بيع عين معينة أو بيع مقدرات (م٤٣٧)، وطبقها فى عقد الشركة (م٥١١)، وطبقها فى العقد المعلق على شرط واقف، بل إنه أنكر على الشرط أثره الرجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلا لسبب أجنبى (م٢٧٠ فقرة٢) وطبقها فى العقود غير الناقلة للملكية، كالإيجار (م٥٦٩) والمقاولة (م٦٦٤–٦٦٥).

(I) يترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعة الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين.
(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ الطعن ١٨٢ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٥٦٥).

وكل ما سبق أن قررناه في هذا الصدد، فيما عدا التعويض، من انحلال العقد بأثر رجعي، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، ومن انعدام الأثر الرجعي بالنسبة إلى العقود الزمنية، ينطبق هنا، فلا حاجة إلى التكرار(١).

الفرع الثاني

الدفع بعدم تنفيذ العقد(*)

(أو الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد)

(Exceptio non adimpleti contractus)

٤٩٢- النصوص القانونية: نصت المادة ١٦١ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

«في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به»(٢).

ولم يشتمل القانون المدني القديم على نص مقابل لهذا النص، ولكن قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد كانت مسلماً بها في ظله فقهاً وقضاء، وانطوت نصوصه على تطبيقات تشريعية لها (مثلاً م٢٧٤/٣٤٥ وم٢٧٩/ ٣٥٠ وم٤١١/٣٣١).

---

(١) أنظر في الأثر الذي يترتب على انفساخ العقد الزمني رسالة الدكتور عبد الحي حجازي في عقد المدة ص١٦٠ - ص١٦٢.

(*) **بعض المراجع**: كابيتان في السبب فقرة ١٢١ وما بعدها- سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٧١ وما بعدها - بنكاز (ملحق بودري) ٥ ص٥٧١- ص٦٨٠ - رينو (Raynaud) في الدفع المستخلص من عدم التنفيذ، رسالة من باريس سنة ١٩٠٦- كاسان (Cassin) في الدفع المستخلص من عدم التنفيذ في العلاقات الملزمة للجانبين، رسالة من باريس سنة ١٩١٤- هوان (Houin) في التمييز ما بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ - فقرة ٦٧٧ - حلمي بهجت بدوي فقرة ٣٥٣ - فقرة ٣٦٠ - أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٧٧- فقرة ٣٧٩.

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٢٢٢ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي: «١- في العقود الملزمة للجانبين يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، إلا إذا اختلف ميعاد الوفاء لكل من الالتزامين - ٢- على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية». وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأنها تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق، وأدخلت تعديلات لفظية على الفقرة الأولى بحيث أصبحت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٦٥ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص، كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٦١، ووافق عليه مجلس الشيوخ. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٠ - ص٣٣٥).

٤٩٣- تاريخ القاعدة: وتقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتي: إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، فيتحلل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام، فله من باب أولى، بدلا من أن يتحلل من تنفيذ التزامه، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه. والفكرة التي بني عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بني عليه فسخ العقد. الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى(١).

ولم يكن المبدأ معروفاً في القانون الروماني على النحو الذي عرف به فيما بعد. وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذي يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه، دون أن يقوم هو بما في ذمته من التزام بمقتضى عقد ملزم للجانبين، دفعا بالغش (exception de dol). ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي، بل كان هو الدفع بالغش المعروف في كل العقود المبنية على حسن النية. فلم يكن له اسم خاص، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا في القانون الفرنسي القديم. فالاصطلاح لم يكن إذن رومانياً وإن كان لاتينياً. وقد وضعه المتأخرون من شراح القانون الروماني (postglossateurs) في العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوها إلى القانون الروماني(٢).

ولم يضع القانون المدني الفرنسي نصاً عاماً يقرر به القاعدة، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة للمبدأ. ونهج القانون المدني المصري القديم على منواله كما قدمنا.

أما التقنينات الحديثة فقد صاغت المبدأ في نص عام. فعل ذلك القانون الألماني (م٣٢٠)، وقانون الالتزامات السويسري (م٨٢)، والمشروع الفرنسي الإيطالي (م٤٨).

---

(١) ويقول الفرنسيون تعبيراً عن هذا المعنى: «التنفيذ مثلا بمثل» (exécution trait pour trait). ويترجمون بذلك عن تعبير ألماني مشهور (Erfüllung Zug um Zug).
وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «فمن الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص. فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تفريعاً على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل. وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد. ويجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين. فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحبس ما يجب أن يوفي به حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له، وهو باعتصامه بهذا الحق، أو الدفع إنما يوقف أحكام العقد لا أكثر. فالعقد لا يفسخ في هذه الصورة، ولا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق، بل يقتصر الامر على وقف تنفيذه. وهذا هو الفارق الجوهري بين الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٣).

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦.

سار القانون المدنى المصرى الجديد على نهج التقنينات الحديثة فأورد النص الذى قدمناه، كما صاغ نظرية الحبس فى نصوص عامة ستبحث فى مكانها[١].

ونفصل قواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد متبعين الخطة التى اتبعناها عند الكلام فى الفسخ القضائى. فنبحث: (١) متى يمكن التمسك بالدفع. (٢) كيف يكون التمسك به. (٣) ما يترتب على التمسك به من أثر.

المبحث الأول

متى يمكن التمسك بعدم تنفيذ العقد

٤٩٤ – نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق فى الحبس: جعل القانون الجديد الحق فى الحبس هو الأصل، وجعل الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق هذا الأصل فى دائرة العقود الملزمة للجانبين[٢].

فالأصل إذن هو الحق فى الحبس. قررته المادة ٢٦٤ مبدأ عاماً، فجرت على الوجه الآتى:

«١– لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا».

«٢– ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع».

فالنص يفترض شخصين، كل منهما دائن للآخر ومدين له، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتبط به. فيكون هذا الارتباط أساساً للحق فى الحبس. فمن حاز بعقد أو بغير عقد شيئاً مملوكاً للغير، كالمودع عنده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمغتصب والحائز بحسن نية، وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذى بينه القانون. ومن ثم يوجد حائز الشئ ومالكه. والحائز مدين للمالك برد الشئ ودائن له باسترداد المصروفات. والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشئ والالتزام باسترداد المصروفات. لذلك يجوز للحائز أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه. وهذا هو الحق فى الحبس. وهو بهذا العموم يتسع ليدخل فى نطاقه

(١) [illegible] العقد فى الفقه الإسلامى رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ص٣٠٦ وما بعدها.

(٢) أنظر فى القانون المدنى القديم فى العلاقة ما بين الدفع بعدم التنفيذ باعتباره أصلا والحق فى الحبس باعتباره يتفرع عن هذا الأصل، نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٨.

الدفع بعدم تنفيذ العقد. فالبائع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن، فمن حقه أن يحبس العين حتى يستوفى الثمن. وهذا تطبيق للحق فى الحبس فى عقد ملزم للجانبين، وهو فى الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد[١].

ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ فرعاً عن الحق فى الحبس[1]. فحيث يطبق الحق فى الحبس فى نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ. فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقاً فى الحبس لا دفعاً بعدم تنفيذ العقد. فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة فى عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفى غير عقد أصلا لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ بل حقاً فى الحبس. وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد. وهذا هو أيضاً حق فى الحبس لا دفع بعدم التنفيذ لأن العقد قد زال[٢].

(١) وإذا أغفلنا فكرة الارتباط، واكتفينا بأن يكون هناك شخصان كل منهما مدين للآخر، وأريد أن يكون لكل منهما الحق فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم الآخر بتنفيذ ما عليه من التزام، أمكن أن يتحقق هذا عملا بأحد طريقين: الطلبات الفرعية وحجز الدائن تحت يد نفسه.
هذا ويمكن أن ندرك أيضاً ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة: المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس. وهى نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هى تقابل الالتزامات فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر، يكون من العدل أن يستوفى كل منهما ما له من حق مما عليه من دين – وهذه هى المقاصة والفسخ – أو فى القليل يقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفى ما له من حق – وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس. ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يعالجونها علاجاً واحداً هو الدفع بالغش، يستعملونه فى المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس. والحق فى الحبس، كالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا دفعاً، وقد أعطاه القانون الجديد وصفه الحقيقى، وخلع عنه لباس الحق العينى الذى كان يرتديه فى عهد القانون القديم فيشوه طبيعته (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص٧١٣ هامش رقم ١).

(1) خولت المادة ١٦١ من القانون المدنى للمتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين حقا فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به. وهذا الحق – وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ – ان هو ألا الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين، ولئن كان المعتصم بهذا الحق أو الدفع فى غير حاجة إلى دعوى يرفعها على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعمال هذا الحق بل له أن يتربص حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الآخر بمطالبته بتنفيذ ما توقف عن تنفيذه من التزاماته فيتمسك فيها حينئذ بحقه فى عدم التنفيذ إلا أنه ليس فى القانون ما يمنعه من رفع دعوى على المتعاقد الآخر بالاستناد إلى حقه هذا إذا ما أنكره عليه هذا المتعاقد أو نازعه فى مدى ما يحق له حبسه من التزاماته وأراد هو من ناحية أخرى أن يؤمن نفسه من عواقب ما قد يقع من خطأ فى تقدير هذا المدعى ذلك أن لكل حق دعوى تحميه عند الاعتداء عليه وتقرره عند المنازعة فيه.
(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ الطعن ٣٥ لسنة ٣٠ق س١٦ ص١٠١٨).
(جلسة ١٩٦٦/٣/٣ الطعن ٦٦ لسنة ٣٢ق س١٧ ص٥٠٤).

(٢) وقد كان هذا الحكم منصوصاً عليه فى المادة ٢٢٤ من المشروع التمهيدى، وقد حذفتها لجنة المراجعة لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٣١ فى الهامش). وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٧٩ فى الهامش).

فالدفع بعدم التنفيذ، كالفسخ، محصور إذن في العقود الملزمة للجانبين، وقد صرحت بذلك المادة ١٦١ التى تقدم ذكرها[1].

٤٩٥ – الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون واجب التنفيذ حالا: ولا يكفي أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين، بل يجب أيضاً أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالا[1].

فالدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي – كما إذا سقط بالتقادم أحد الالتزامين المتقابلين في عقد ملزم للجانبين – لا يجوز، لأن في هذا إجباراً بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام طبيعي غير واجب التنفيذ.

كذلك لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام مدنى غير حال. فالبائع لا يستطيع أن يحبس العين لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلا، إلا إذا كان الأجل قد سقط طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ (أنظر المادة ٤٥٩). ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضي قد منح المدين نظرة الميسرة (délai de grâce)، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المشترى حتى لو منح القاضي للمشترى أجلا لدفع الثمن، ولا يمتنع الحبس إلا إذا كان الأجل ثابتاً باتفاق الطرفين[1]. أما إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر، فلا يحق أن ينتفع من هذا الدفع إذ يتعين عليه أن يفي بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر[2].

---

(١) قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٣٢ فقرة ١ وص٣٣٤ فقرة ٤). وانظر في هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٣٥٩ – فقرة ٣٦٠ – ورسالة الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٨٠ وفقرة ٩٧ . وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٢٣.

هذا وقد أورد القانون المدنى الجديد تطبيقات جزئية متفرقة لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ، نذكر منها الموا ٤٥٧ و٤٥٩ و٦٠٥.

فالفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ تقضيان بأن «٢– إذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر. مع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا. ٣– ويسرى حكم الفقرة السابقة في حا ما إذا كشف المشترى عيباً في المبيع».

وتنص المادة ٤٥٩ على أنه: «١– إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، فللبائع أ يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة. هذا ما لم يمنح البائ المشترى أجلا بعد البيع. ٢– وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣».

وتنص المادة ٦٠٥ على أنه: «١– لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذ في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ٢– فإذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضا ما لم يتفق على غير ذلك. ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض». والجديد في هذا النص الأخير أنه يجعل المستأجر وهو دائن بالتعويض للمؤجر يحبس العين على المالك، أو قل إن حق الحبس قبل المؤجر ينفذ في حق المالك.

(1) أ– يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى أن يكون الالتز الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالاً فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن يتم بهذا الدفع.

(جلسة ١٩٦٩/٧/٣ الطعن ٣٦٦ لسنة ٣٥ س٢٠ ص١١١٨)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص٢٠٤٥)

(جلسة ١٩٦٦/٣/٣ الطعن ٦٩ لسنة ٣٢ س١٧ ص٥٠٤)

ب– لا يجوز للمتعاقد المكلف بالبدء في التنفيذ أن يتمسك بعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص١٥٠٤)

(جلسة ١٩٦٦/٥/٣١ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص١٢٧٩)

(١) ولا يكفي أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالاً، بل يجب إلى ذلك ألا يساء استعمال الدفع. فلا يجوز لمتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان هو البادئ بعدم تنفيذه، أو إذا تسبب في عدم تنفيذ الالتزام الآخر. كذلك لا يجوز التمسك بالدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يبق إلا جزء يسير لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه. وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يبقى دون تنفيذ جزءاً من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة. كذلك لا يجوز أن يمتنع المشترى عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطراً يتهدد العين إذا كان هذا الخطر ليس بجدى، ولا أن يمتنع المستأجر عن دفع الأجرة بحجة أنه يطالب المؤجر بترميمات ينكرها عليه.

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يجرى على الوجه الآتى: «على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توافره من حسن النية» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٣٣١). وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى: «ومهما يكن من شئ فليس يباح للعاقد أن يسئ استعمال هذا الدفع. فلا يجوز له أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل نفاذه، وأصبح ما لم ينفذ منه ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الإجراء» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٣). وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه مجرد تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٤) – أنظر في هذه المسألة رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٧٤ – وانظر في أحوال يسقط فيها الدفع بعدم التنفيذ نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧٠.

(٢) وقد كان هناك نص في المشروع التمهيدى يجيز حتى في هذه الحالة أن يمتنع المتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا عن التنفيذ إذا أصاب المتعاقد الآخر نقص في ماله بعد إبرام العقد، فكانت المادة ٢٢٣ من هذا المشروع تجرى على النحو الآتى: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصاب أحد المتعاقدين نقص في ماله بعد إبرام العقد، أو إذا طرأ على مركزه المالى ما يخشى معه أن يكون عاجزاً عن تنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر إذا كان هو المكلف بتنفيذ العقد أولا، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأول بتنفيذ ما تعهد به أو يعطى ضماناً كافياً لهذا التنفيذ. فإذا لم يتم التنفيذ أو يعط الضمان في وقت مناسب جازت المطالبة بفسخ العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣١ في الهامش).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى: «ومع ذلك فقد أجيز =

المبحث الثاني
كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٦- عدم ضرورة الاعذار: لا يحتاج المتمسك بالدفع إلى إعذار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع(1)، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعذار قبلها واجب على التفصيل الذى بيناه فيما تقدم. على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه. وفى هذا إعذار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذى فى ذمته(١). وقد يكون الإعذار واجباً لا للتمسك بالدفع، بل لتوليد الالتزام الذى يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع، كما إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإعذار طبقاً للقواعد العامة.

٤٩٧- ترك الأمر إلى تقدير المتمسك بالدفع تحت رقابة القضاء: ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذى يتمسك به، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكول لتقدير القضاء. ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ، فهو لا يحل العقد، بل يقتصر على وقف تنفيذه.

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مرده فى آخر الأمر إلى القضاء. ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع

=له (أى المتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا) استثناء أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم العاقد الآخر بوفاء ما تعهد به أو يقدم ضماناً كافياً لهذا الوفاء، إذا أصاب هذا العاقد بعدم إبرام العقد نقص فى ماله من شأنه أن يؤثر فى يساره أو طرأ عليه من الضيق ما قد يقعد به عن تنفيذ ما التزم به. وينبغى التحرز من اعتبار هذا الاستثناء مجرد تطبيق للمادة ٣٩٦ من المشروع، وهى التى تناولت سرد مسقطات الأجل وحصرتها فى الإعسار أو الإفلاس وضعف التأمينات الخاصة والامتناع عن تقديم ما وعد بتقديمه منها. فالحالة التى يسرى عليها حكم الاستثناء أقل جسامة من ذلك، فهى تفترض نقصاً بليغاً فى مال العاقد، ولكنه نقص لا يستتبع الإفلاس أو الإعسار، ومن ثم أنزلت هذه الحالة منزلة الاستثناء، فلو لم تكن لها هذه الخصوصيات لانتهى أمرها إلى إسقاط الأجل، وبذلك يحل الوفاء بالالتزامات المتقابلة جميعاً وينبغى تنفيذها فى آن واحد نزولا على أحكام القواعد العامة. فإذا لم يقم المتعاقد الذى استهدف مركزه للخطر بالوفاء بما التزم به أو بتقديم ضمان كاف فى مدة معقولة، كان للمتعاقد معه ألا يقتصر على إيقاف العقد، بل أن يجاوز ذلك إلى طلب الفسخ. ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة فى الفسخ أيضاً لأن الالتزام الذى تخلف العاقد عن الوفاء به لم يصبح مستحق الأداء». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٣- ص٣٣٤) - ولكن هذا النص فى المشروع التمهيدى حذفته لجنة المراجعة فى المشروع النهائى (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣١ فى الهامش). ولما كان نصاً استثنائياً فلا مجال لتطبيقه بعد حذفه (أنظر فى هذا الموضوع رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٦٦- فقرة ١٦٧).

(١) أنظر استئناف مختلط فى ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٣٣٠.

(1) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه كان للآخر ألا يوفى بالتزامه من غير حاجة إلى تنبيه رسمى أو إلى حكم بفسخ العقد إذا كان التزام كل منهما فى العقد مقابل التزام الآخر.
(جلسة ١٩٣٩/١٢/٢١ - م ق م - ١١١ - ٨٤٩)

الأمر إلى القضاء، وللقاضى تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره(1). ويتبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ المتمسك بالدفع إلى القضاء منذ البداية، فذلك يرجع فى الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى، وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به فى غير حاجة إلى رفع دعوى، بل هو الذى ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع.

فالتمسك بالدفع يمر إذن على دورين: الدور الأول وهو دور غير قضائى يمتنع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل إيجابى. والدور الثانى وهو الدور القضائى لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول. ففى هذا الدور تتحقق رقابة القضاء. فإذا أقر القاضى المتمسك بالدفع على دفعه، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه فى الوقت ذاته. وقد يأخذ الدفع صورة إشكال فى التنفيذ إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه.

٤٩٨- تمسك كل من المتعاقدين بالدفع: وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ. فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ، حكم القاضى على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه.

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين(١). فإذا تبين القاضى أن أحد المتعاقدين متعنت، فإن كان المدعى رفض دعواه، وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط. أما إذا كان كل من المتعاقدين متعنتاً، أو ظهر ألا أحد منهما متعنت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر، ولم يلجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقى، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضى بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به فى خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث، وفى هذا ما يجعلهما ينفذان التزامهما فى وقت واحد.

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٣ فقرة ٢ - وانظر آنفاً فقرة ٤٩٥ فى الهامش).

(1) لا يكفى للتمسك بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا، بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء استعمال هذا الدفع، ومباح للعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذى لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية، وانما يكفيه فى هذه الحالة انقاص التزامه فى الحدود العادلة التى تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل.
(جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص١٠٤٠)
(جلسة ١٩٥٨/١٢/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص٧٠٣).

المبحث الثالث
ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد

أ- فيما بين المتعاقدين:

٤٩٩- وقف التنفيذ في غير الالتزام بتسليم عين: إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ، فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه، بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً، دون أن يزول كما في الفسخ.

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بنقل حق عيني، كالتزام البائع بنقل الملكية، كان للبائع أن يمتنع عن مساعدة المشترى في تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية إليه. وإذا كان التزاماً بعمل، كالتزام المقاول بإقامة مبنى، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء. وإذا كان التزاماً بامتناع عن عمل كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حى معين منعاً للمزاحمة، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحى.

ويلاحظ في الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالا لا يتصور فيها وقف الالتزام، كما إذا تعهد ممثل أو مغن أن يمتنع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال. فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال، فإنه لا يسع الدائن إلا خرق هذا الالتزام فيحيى الحفلة إذا استطاع ذلك، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقفاً له، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف. وهذا الحكم ينطبق أيضاً في الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجباً في وقت معين وإلا فات الغرض المقصود منه، كما إذا تعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها في معرض عام يقام في وقت معين، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد المعرض لأنه لم يستوف أجره، كان هذا بمثابة الفسخ.

٥٠٠- وقف التنفيذ في الالتزام بتسليم عين: وإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بتسليم عين، حبس المتمسك بالدفع العين حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر. مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفي الثمن. وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس. وقد قضت المادة ٢٤٧ بما يأتي: «١- مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه. ٢- وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته. ٣- وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه». هذا ويتحمل المالك تبعة التلف أو الهلاك بسبب أجنبي، وقد نصت المادة ٤٦٠ على أنه «إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له، كان الهلاك على المشترى ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع». وإذا أنفق الحابس مصروفات ضرورية أو نافعة استردها طبقاً لأحكام المواد ٩٨٠ – ٩٨٢.

ويبقى الحق في الحبس حتى لو قام المتعاقد الآخر بتنفيذ جزء من التزامه، وهذا ما يعبر عنه بأن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة. ومع ذلك يجب ألا يتعسف من له الحق

في الحبس فيستمر حابساً للعين إذا كان الجزء الباقي من الالتزام دون تنفيذ من التفاهة بحيث لا يبرر استمرار الحبس، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

وينقضي الحق في الحبس إذا قام المتعاقد الآخر بالتزامه أو إذا خرج الشيء من حيازة الحابس باختياره.

وقد قضت المادة ٢٤٨ بما يأتي: «١- ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه. ٢- ومع ذلك يجوز لحابس الشيء، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه».

٥٠١- وقف التنفيذ في العقود الزمنية: وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الزمنية. فيجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة (أنظر م٥٦٥ وم٥٦٨ وم٥٦٩ وم٥٧٠ وم٥٧٢ ألخ ألخ). وكل وقف في تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصاً في مقدار هذا الالتزام. فإذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائياً – لا مؤقتاً – التزامه في حدود المدة التي منع فيها المستأجر من الانتفاع، فينقص التزامه بهذا المقدار، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التي وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد[1].

ب- بالنسبة إلى الغير:

٥٠٢- متى يسرى الدفع في حق الغير: يسرى الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع. مثل ذلك أن يتأخر المشترى عن دفع الثمن، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المبيعة. فكل من كسب حقاً من المشترى على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسرى في حقه الدفع. فإذا باع المشترى العين إلى مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن، جاز للبائع أن يبقى حابساً للعين في مواجهة المشترى الثاني أو الدائن المرتهن[2].

ويمكن تعليل ذلك بأن المشترى لم ينقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع في حبس العين، فتنتقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق. ولا يستطيع المشترى أن ينقل حقاً لا يملكه، وفاقد الشيء لا يعطيه. وهذا هو المبدأ الذي قررناه في انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص.

---

(١) أنظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور عبد الحي حجازي في عقد المدة ص١٦٦ – ص١٧٧.
(٢) أنظر أيضاً المادة ٦٠٥ فقرة ٢ في تمسك المستأجر بحبس العين المؤجرة في مواجهة من انتقلت إليه ملكيتها. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٣ في الهامش).

٥٠٣ – متى لا يسرى الدفع فى حق الغير: ولا يسرى الدفع فى حق الغير إذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق فى التمسك بالدفع. فإذا فرض أن شخصاً، رهن منزله رهناً رسمياً، سلمه إلى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ، ثم باع المشترى تسلم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار، فإن للمستأجر أن يرجع بالتعويض على وأن يحبس العين فى مواجهة المشترى (م٦٠٥ فقرة ٢)، ولكن حقه فى الحبس لا فى مواجهة الدائن المرتهن لأن حق الرهن قد يثبت قبل ثبوت الحق فى الحبس[١].

(١) أنظر فى هذا الموضوع نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧٧.

الباب الثانى
العمل غير المشروع
(المسئولية التقصيرية)

L'ACTE ILLICITE
(la responsabilité délictvelle)

تمهيـــــد (*)

٥٠٤ – مسائل أربع : تمهد للكلام فى العمل غير المشروع ، أو المسئولية التقصيرية، بوضع هذه المسئولية فى مكانها بالنسبة إلى غيرها من أنواع المسئولية ، وتحديد دائرتها فى وسط دوائر أوسع منها للمسئولية الأدبية والمسئولية الجنائية والمسئولية المدنية .

فنتكلم فى مسائل أربع : (١) التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية . (٢) وفى المسئولية القانونية التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية . (٣) وفى المسئولية المدنية التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . (٤) وفى المسئولية التقصيرية تطور هذه المسئولية .

* * *

١ – التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية

(Distinction entre la responsabilité morale et la responsabilité légale)

٥٠٥ – الفروق ما بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية : المسئولية الأدبية لا تدخل فى دائرة القانون ، ولا يترتب عليها جزاء قانونى ، وأمرها موكول إلى الضمير . أما المسئولية القانونية فتدخل فى دائرة القانون ، ويترتب عليها جزاء قانونى .

وأهم الفروق ما بين هذين النوعين من المسئولية ثلاثة :

(١) المسئولية الأدبية تقوم على أساس ذاتى محض . فهى مسئولية أمام الله أو مسئولية أما الضمير . أما المسئولية القانونية فيدخلها عنصر موضوعى ، وهى مسئولية شخص أمام شخص آخر.

(*) **بعض المراجع العامة فى المسئولية المدنية** : هنرى وليون مازو فى المسئولية المدنية ثلاثة أجزاء – سافاتييه فى المسئولية جزآن – لالو (Lalou) فى المسئولية المدنية – ديموج فى الالتزامات (الأجزاء الثالث والرابع والخامس) – بيدان وكابيتان فى النظرية العامة فى المسئولية المدنية (ضمن مبسوط بيدان فى الالتزامات) – بلانيول وريبير وإسمان جزء أول – جاردينا وريتشى (Gardenate et Ricci) فى المسئولية المدنية – سوردا (Sourdat) فى النظرية العامة للمسئولية جزآن – شيرونى (Chironi) فى المسئولية غير العقدية – هوبير (Heuber) فى شروط المسئولية التقصيرية فى القانون الألمانى رسالة من نانسى سنة ١٩٤٠ – الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية – الدكتور سليمان مرقص مذكرات فى الفعل الضار – الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للمؤلف – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام .

(٢) ومن ثم تتحقق المسئولية الأدبية حتى لو لم يوجد ضرر ، أو وجد ولكنه نزل بالمسئول نفسه فيكون هو المسئول والمضرور في وقت واحد . بل إن هواجس النفس وخلجات الضمير قد تحقق المسئولية الأدبية ، ولو لم يكن لها مظهر خارجي . أما المسئولية القانونية فلا تتحقق إلا إذا وجد ضرر ، وأحاق هذا الضرر بشخص آخر غير المسئول .

(٣) وينبني على ذلك أن المسئولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسئولية القانونية ، فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه ، وبعلاقته بنفسه ، وبعلاقته بغيره من الناس . أما المسئولية القانونية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من الناس .

وإذا تركنا المسئولية الأدبية ووقفنا عند المسئولية القانونية ، نراها نوعين : مسئولية جنائية ومسئولية مدنية .

٢ – التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية

(Distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile)

٥٠٦ – الفروق ما بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية : هناك فرقان جوهريان ما بين المسئوليتين الجنائية والمدنية :

(أولا) تقوم المسئولية الجنائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع . أما المسئولية المدنية فتقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد . ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) جزاء المسئولية الجنائية عقوبة ، أما جزاء المسئولية المدنية فتعويض . (٢) الذي يطالب بالجزاء في المسئولية الجنائية هو النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ، أما الذي يطالب بالجزاء في المسئولية المدنية فالمضرور نفسه لأن الجزاء حقه هو . (٣) لا يجوز الصلح ولا التنازل في المسئولية الجنائية لأن الحق فيها عام للمجتمع ، ويجوز الصلح والتنازل في المسئولية المدنية لأن الحق فيها خاص للفرد . (٤) لما كانت العقوبة في المسئولية الجنائية تنطوي على معنى الإيلام كان من الواجب حصر الجرائم والعقوبات ، فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص ، أما المسئولية المدنية فتترتب على أي عمل غير مشروع دون حاجة لنصوص تبين الأعمال غير المشروعة عملا عملا .

(ثانيا) النية ركن في المسئولية الجنائية . وهنا تقترب المسئولية الجنائية من المسئولية الأدبية . ولكن إذا كان محض النية يكفي في المسئولية الأدبية، فهو لا يكفي في المسئولية الجنائية . بل يجب أن يكون للنية مظهر خارجي يصل إلى حد معين من الجسامة : فالتصميم والأعمال التحضيرية لا عقاب عليها ، والشروع قد يعاقب ، ويعاقب الفعل التام . وإلى جانب هذا المظهر الخارجي يغلب أن تكون الجريمة الجنائية عملا يلحق الضرر بالمجتمع بل إن جسامة الضرر قد يكون لها أثر في العقوبة ، فتشتد في الضرب الذي يفضي إلى [illegible] أو الذي يحدث عاهة مستديمة عما هي في الضرب البسيط ، مع أن النية واحدة في

الأعمال. وقد تزداد أهمية الضرر إلى حد أن يجبّ الضرر النية ، فهناك أعمال تعد جرائم لأنها ضارة بالمجتمع سواء صحبتها النية أو لم تصحبها ، كالمخالفات التي لا تشترط فيها النية والجرائم التي يكفي فيها مجرد الإهمال . ولكن ، من جهة أخرى ، قد يكفي في المسئولية الجنائية احتمال وقوع الضرر لا وقوعه بالفعل ، كما هو الأمر فيما يسمى الآن في القانون الجنائي بالتدابير المانعة (mesures de sûreté) . ومهما يكن من أمر ، فالنية في المسئولية الجنائية إذا لم تكن وحدها كافية فإن وجودها ضروري في أكثر الجرائم .

أما في المسئولية المدنية فالنية لا تشترط . وأكثر ما يكون الخطأ المدني إهمال لا عمد . وسواء كان العمل غير المشروع عمداً أو غير عمد ، فإن الضرر الذي يحدثه يجب أن يعوض كاملا دون تفريق ما بين الحالتين ، وإن كان القضاء يميل ميلا طبيعياً إلى زيادة التعويض في الفعل العمد وإلى قياس التعويض بجسامة الخطأ في الفعل غير العمد .

٥٠٧ – العمل الواحد قد تترتب عليه المسئوليتان معاً وقد تترتب عليه مسئولية دون الأخرى : ويتبين مما تقدم أن قيام إحدى المسئوليتين لا يتعارض مع قيام المسئولية الأخرى. وقد يترتب على العمل الواحد مسئولية جنائية مسئولية مدنية في وقت معاً ، كالقتل والسرقة والضرب والسب والقذف . فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع والفرد في وقت واحد . فيكون من ارتكب هذا العمل مسئولا مسئولية جنائية جزاؤها العقوبة ، ومسئولا مسئولية مدنية جزاؤها التعويض .

ولكن يصح ألا يترتب على العمل إلا إحدى المسئوليتين دون الأخرى . فتتحقق المسئولية الجنائية دون المسئولية المدنية إذا لم يلحق العمل ضرراً بأحد ، كما في بعض جرائم الشروع وجرائم أخرى كالتشرد ومخالفات المرور وحمل السلاح والاتفاق الجنائي . وتتحقق المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية إذا ألحق العمل ضرراً بالغير دون أن يدخل ضمن الأعمال المعاقب عليها في القوانين الجنائية ، كإتلاف مال الغير عن غير عمد وإغواء امرأة غير قاصر وسوء العلاج والمنافسة غير المشروعة وفصل العامل في وقت غير لائق وجميع المسئوليات التي تقوم على خطأ مفروض [1] .

٥٠٨ – الآثار التي تترتب على اجتماع المسئوليتين في عمل واحد : إذا ترتب على العمل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية معاً ، أثرت المسئولية الجنائية ، وهي أقوى

---

(١) أنظر في قيام المسئولية المدني دون المسئولية الجنائية : استئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧م ٤٠ ص ٤٩ – وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١ – وفي ترتب المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية في التزوير واستعمال الورقة المزورة : نقض جنائي في ٣٠ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ج ٢٣ رقم ٣٢ ص ٥٨ – وفي قيام المسئولية الجنائية على خطأ لمسئول مع قيام المسئولية المدنية على خطأ مشترك : استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨١ .
=

لأنها حق المجتمع ، فى المسئولية المدنية . وهى أضعف لأنها حق الفرد . ويظهر ذلك فيما يأتى :

(أولا) **التقادم** : تقضى المادة ١٧٢ من القانون الجديد بأن دعوى التعويض المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فإذا ترتب على العمل الواحد دعويان ، الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، فإن عدم تقادم الدعوى الجنائية يقف تقادم الدعوى المدنية .

ويستخلص من هذا أن الدعوى الجنائية تبعث الحياة فى الدعوى المدنية ، فتبقى هذه ما دامت تلك باقية . ولا عكس . فبقاء الدعوى المدنية قائمة لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية. وسيأتى تفصيل ذلك .

(ثانيا) **الاختصاص** : إذا ترتب على العمل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية ، أمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية ، لأن الدعوى المدنية هى التى تتبع الدعوى الجنائية.

(ثالثا) **وقف الدعوى** : إذا ترتب على العمل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية، ورفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، فرفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية يقف سير الدعوى المدنية ، وعلى المحكمة المدنية أن تأمر بوقف الدعوى حتى يبت فى الدعوى الجنائية. ولا يجوز عندئذ الرجوع عن الطريق المدنى ورفع الدعوى المدنية من جديد أمام المحكمة الجنائية . ومن ثم نرى أن الدعوى الجنائية تقف الدعوى المدنية (Le criminel tient le civil en état) .

(رابعا) **قوة الأمر المقضى** : وإذا بتت المحكمة الجنائية فى الدعوى بحكم ، حاز هذا الحكم قوة الأمر المقضى . وتتقيد المحكمة المدنية عندئذ بما أثبتته المحكمة الجنائية فى حكمها من وقائع ، دون أن تتقيد بالتكييف القانونى لهذه الوقائع ، فقد يختلف التكييف من الناحية المدنية عنه من الناحية الجنائية . وينبنى على ذلك أنه إذا حكم القاضى الجنائى بالبراءة أو بالإدانة لأسباب ترجع إلى الوقائع ، بأن أثبت فى حكمه أن العمل المسند إلى المتهم لم يثبت وقوعه منه أو ثبت وقوعه ، تقيد القاضى المدنى بالوقائع التى أثبتها الحكم

= وقضت محكمة النقض بأن قرار الحفظ الذى تصدره النيابة العامة أيا كان سببه ، سواء قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مهما كانت صوره ، أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص معين صحيح أو لم يقم عليه دليل كاف – هذا القرار لا يحوز قوة الأمر المقضى قبل المضرور بالحادث يحول بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طعن قم ٣٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر) .

الجنائى . فلا يجوز أن يقول إن العمل قد ثبت حيث لم يثبت أو لم يثبت حيث قد ثبت، ولكن يجوز أن يكيف الوقائع الثابتة تكييفاً مدنياً غير التكييف الجنائى . أما إذا حكم القاضى الجنائى بالبراءة لأسباب ترجع إلى التكييف القانونى (١) (1)، كأن كان الإهمال الثابت صدوره من المتهم لا يصل إلى درجة الإهمال الجنائى (٢) (2) ، أو كانت الدعوى العمومية قد سقطت بموت المتهم ، أو كان هناك مانع من توقيع العقوبة الجنائية لأن السارق ابن للمجنى عليه أو صدر لمصلحته عفو شامل ، فإن ذلك لا يمنع القاضى المدنى من الحكم بالمسئولية المدنية .

وتقف الآن عند المسئولية المدنية ، وهى أيضاً نوعان : مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية.

* * *

---

(١) الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق عدم اكتسابها أية حجة امام القضاء المدني ذلك لأن هذه القرارات لا تفصل فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة وانما تفصل فى توافر أو عدم توافر الظروف التى تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة المختصة للفصل فى موضوعها ومن ثم فلا تكتسب هذه القرارات أية حجية أمام القضاء المدنى ويكون له أن يقضى بتوافر الدليل على وقوع الجريمة أو نسبتها إلى المتهم على خلاف القرار الصادر من سلطة التحقيق ، قرار النيابة بحفظ اوراق جنحة لا يحوز حجية تمنع المحكمة المدنية من استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية المدنية .
(الطعن ٦١/٤٨٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨ لسنة ٤٨ ص ١٥٨٤ الجزء ٢).

(٢) قد يكون الإهمال الصادر من المتهم لا يكفي لمساءلته جنائياً ، ويكفى للمسئولية المدنية حيث تقوم هذه المسئولية على خطأ مفروض فى بعض الأحوال . على أن محكمة النقض قد قضت بأن الإهمال فى جريمة الجرح بإهمال المنصوص عليها فى المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات لا يختلف فى أى عنصر من عناصره عن الخطأ غير المفروض الذى يستوجب المساءلة المدنية ، فبراءة المتهم فى الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المدعى به تستلزم حتما رفض الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ (نقض جنائى فى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

(1) حجية الحكم الجنائى الصادر بالبراءة إذا كان مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون سواء لانتفاء القصد الجنائى أو بسبب آخر فأنه لا تكون له حجية الشئ المحكوم فيه امام المحكمة المدنية وبالتالى لا يمنع تلك المحكمة من البحث فيما إذا كان هذا الفعل مع تجرده من وصف الجريمة قد نشأ عنه ضرر يصح أن يكون أساساً للتعويض ذلك ان القاضي المدنى لا يرتبط بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً .
(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعن ٨٤٨٧ لسنة ٦٦ ق السنة ٤٨ ص ٩٧٠)

(2) قضاء المحكمة الجنائية بالبراءة للشك الذى تفسره لصالح المتهم فى جريمة البلاغ الكاذب لا يدل بمجرده على كذب الوقائع المبلغ بها ولا يمنع المحكمة المدنية من إعادة بحث عناصر المسئولية المدنية طالما لم تفصل المحكمة الجنائية فى الاساس المشترك بين الدعويين .
(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩ الطعن ١١٨٦٥ السنة ٦٥ ق س ٤٨ ص ١٠٢٥)

٣ – التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية

(Distincition entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle)

٥٠٩ – المسئوليتان العقدية والتقصيرية – ازدواج المسئولية أو وحدتها : المسئولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدى يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات. والمسئولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالتزام قانونى واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير . فالدائن والمدين فى المسئولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسئولية، أما فى المسئولية التقصيرية قبل أن تتحقق فقد كان المدين أجنبياً عن الدائن . مثل المسئولية العقدية أن يبرم عقد بيع ، ثم يتعرض البائع للمشترى فى العين المبيعة ، فيخل بالتزامه العقدى من عدم التعرض . ومثل المسئولية التقصيرية أن تكون العين فى يد مالكها ، ويتعرض له فيها أجنبى ، فتتحقق مسئولية المتعرض، ولكن مسئوليته هنا تقصيرية لا عقدية ، إذ هو لم يخل بالتزام عقدى يوجب عليه عدم التعرض للعين ، بل أخل بالتزام قانونى عام يفرض عليه عدم الإضرار بالغير ويدخل فى هذا الغير مالك العين (1) .

هذا كله لا خلاف فيه . وإنما الخلاف فى تكييفه . فمن الفقهاء من يذهب إلى وجوب التمييز ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لوجود فروق هامة بينهما تقتضى هذا التمييز ، وهؤلاء هم أنصار ازدواج المسئولية (dualité de responsabilité). ومنهم من يرى ألا محل لهذا التمييز بين المسئوليتين ،، فإن إحداهما لا تختلف عن الأخرى فى طبيعتها ، وهؤلاء هم أنصار وحدة المسئولية (unité de responsabilité) .

٥١٠ – أنصار ازدواج المسئولية : وهؤلاء هم كثرة الفقهاء . يقولون إن هناك فروقاً هامة ما بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية تقتضى وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما يخصه من أحكام . ويجملون هذه الفروق فى الوجوه الآتية :

(1) النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلتزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ ، إذ كان ما بنى عليه الحكم قضاء على الطاعن بالتعويض مؤسساً على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الاركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصف خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى ما دام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها .

(جلسة ١٩٧٨/١/١٩ الطعن ٥٨ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٢٦٥)

(جلسة ١٩٨٤/١١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١٢١٠)

(جلسة ١٩٧٣/١٢/١١ الطعن ٨٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٢٣٤)

(جلسة ١٩٦٩/٦/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٨٦٨)

١ – **الأهلية** : فى المسئولية العقدية تشترط أهلية الرشد فى أكثر العقود. أما فى المسئولية التقصيرية فتكفى أهلية التميز .

٢ – **الإثبات** : فى المسئولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدى بعد أن يثبت الدائن وجود العقد . أما فى المسئولية التقصيرية فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانونى وارتكب عملا غير مشروع .

٣ – **الإعذار** : فى المسئولية العقدية يشترط إعذار المدين إلا فى حالات استثنائية. أما فى المسئولية التقصيرية فلا إعذار (١)(1) .

٤ – **مدى تعويض الضرر** : فى المسئولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول . أما فى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر، سواء كان متوقعاً أو غير متوقع (٢) .

٥ – **التضامن** : فى المسئولية العقدية لا يثبت التضامن إلا باتفاق. أما فى المسئولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون .

٦ – **الإعفاء الاتفاقى من المسئولية** : يجوز هذا الإعفاء بوجه عام فى المسئولية العقدية. ولا يجوز فى المسئولية التقصيرية .

٧ – **التقادم** : تتقادم المسئولية العقدية بخمس عشرة سنة . أما المسئولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

٥١١ – أنصار وحدة المسئولية : وأبرز هؤلاء الأنصار الأستاذ بلانيول . وهم يقولون بألا فرق فى الطبيعة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . كلتاهما جزاء لالتزام سابق : المسئولية العقدية جزاء لالتزام عقدى لم يقم به الملتزم ، والمسئولية التقصيرية جزاء لالتزام قانونى أخل به المسئول . والمدين فى الحالتين تحققت مسئوليته لسبب واحد هو أخلاله

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كيفت محكمة الموضوع ما ثبت لها من وقائع الدعوى تكييفاً خاطئاً نقلت به الدعوى عن حقيقتها، وأعطتها حكماً قانونياً غير ما يجب إعطاؤه لمثلها، كأن اعتبرت التقصير فى تنفيذ عقد المقايضة بالتسليم خطأ فعلياً (faute délictuelle) كالاغتصاب يوجب التضمين على المقصر من يوم تقصيره لا من يوم التنبيه الرسمى ، فإن الحكم الذى تصدره بهذا يكون مخالفاً للقانون ويتعين نقضه (نقض مدنى فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥) مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨ .

(1) اذا كان الحكم قد قضى باستحقاق المؤجر للتعويض مقابل حرمانه من منفعة أرضه فى المدة التالية لانتهاء الإجارة استناداً إلى استمرار المستأجر فى الانتفاع بهذه الأرض بغير رضاء المؤجر ، الأمر الذى يعد غصباً، فلا يصح النعى عليه بأنه قد قضى بالتعويض دون تكليف رسمى ، إذ أن هذه المسئولية تقصيرية لا يلزم لاستحقاق التعويض عنها التكليف بالوفاء .

(جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة الإولى ص ٩٨) .

بهذا الالتزام العقدى أو القانونى . فالمسئوليتان إذن تتحدان فى السبب وفى النتيجة ، فتكون طبيعتهما واحدة ، ولا محل للتفريق بينهما . أما ما استظهره أنصار ازدواج المسئولية من فروق ما بين المسئوليتين ، فهى فروق ظاهرية لا تثبت عند التعمق فى النظر . ويستعرضون هذه الفروق على النحو الآتى :

١ – **الأهلية** : ليس صحيحاً أن يقال إن أهلية الرشد تشترط فى المسئولية العقدية وتكفى أهلية التمييز فى المسئولية التقصيرية . والصحيح ألا أهلية فى كلتا المسئوليتين . إنما الأهلية فى العقد دون غيره . فيشترط الرشد فى أكثر العقود . فإذا تم العقد صحيحاً كان على المدين أن ينفذ التزامه العقدى ، وإلا كان مسئولا مسئولية عقدية . ولا يشترط فى هذه المسئولية العقدية أية أهلية ، حتى لو أن المدين زالت أهليته بعد أن كان أهلا وقت التعاقد ، بقى ملتزماً بالعقد ، وبقيت مسئوليته العقدية قائمة بعد زوال أهليته ، ولا يخليه من هذه المسئولية إلا القوة القاهرة أو نحوها . وفى المسئولية التقصيرية لا محل للكلام فى الأهلية ، وليس صحيحاً أن يقال إن أهلية التمييز واجبة فى هذه المسئولية . والصحيح أن المسئول يشترط لتحقق مسئوليته أن يرتكب خطأ . ونسبة الخطأ إلى المسئول تقتضى أن يكون مميزاً. فالتمييز إذن هو شرط لتحقق المسئولية ، وليس أهلية فى المسئول .

٢ – **الإثبات** : ولا فرق بين المسئوليتين فيمن يحمل عبء الإثبات . ففى كلتيهما يحمله الدائن يثبت فى المسئولية العقدية العقد ، وهو مصدر الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية العقدية . أما فى المسئولية التقصيرية فلا حاجة به إلى إثبات الالتزام القانونى بعدم الإضرار بالغير ، وهو الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية التقصيرية ، لأنه التزام مقرر على الكافة فرضه القانون ، فإذا ثبت الالتزام السابق فى كلتا المسئوليتين على هذا الوجه ، بقى إثبات الإخلال به . وهنا يحمل الدائن عبء الإثبات أو يحمله المدين ، لا تبعاً لما إذا كانت المسئولية تقصيرية أو عقدية ، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام السابق هو التزام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل . فالمدين هو الذى يثبت أنه قام بالعمل الذى التزم بالقيام به ، والدائن هو الذى يثبت أن المدين قد أتى العمل الذى [illegible] بالامتناع عنه . ففى المسئولية العقدية إذا كان الالتزام العقدى عملا – ويدخل فى ذلك الحق العينى – فعلى المدين أن يثبت أنه قام به ، وهو يحمل عبء الإثبات لا لأن المسئولية عقدية بل لأن الالتزام الذى أخل به هو التزام بعمل . أما إذا كان الالتزام امتناعاً عن عمل فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد أخل بالتزامه . وكذلك الحال فى المسئولية التقصيرية . ولكن لما كان الالتزام القانونى السابق فى هذه المسئولية دائماً هو الالتزام بالامتناع عن عمل – عدم الإضرار بالغير – فالدائن إذن هو الذى يثبت فى المسئولية التقصيرية أن المدين أخل بالتزامه وأحدث الضرر بخطأه ولكن ليس ذلك لأن المسئولية تقصيرية ، بل لأن الالتزام الذى أخل به المدين هو التزام بالامتناع عن عمل . ومن هنا يتبين أن عبء الإثبات فى المسئولية العقدية يحمله المدين تارة وطوراً يحمله الدائن تبعاً لما إذا كان الالتزام العقدى هو التزام إيجابى أو التزام سلبى ، وعبء الإثبات فى المسئولية التقصيرية يحمله [illegible]

جميع الأحوال لأن الالتزام القانونى السابق هو دائماً التزام سلبى . فالعبرة إذن فيمن يحمل عبء الإثبات ، لا بنوع المسئولية هل هى عقدية أو تقصيرية ، بل بالالتزام السابق هل هو إيجابى أو سلبى .

٣ – **الإعذار** : وليس صحيحا أن الإعذار يشترط فى المسئولية العقدية دون المسئولية التقصيرية . فالإعذار لا يشترط فى الالتزامات السلبية إذا أخل بها المدين ، سواء كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية . ولما كان الالتزام فى المسئولية التقصيرية هو دائماً التزام سلبى ، لذلك لا يشترط الإعذار . وهو أيضا لا يشترط فى المسئولية العقدية إذا كان الالتزام العقدى التزاماً سلبياً كما هو معروف . فالعبرة هنا أيضاً بما إذا كان الالتزام إيجابياً أو سلبياً ، لا بما إذا كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية .

٤ – **مدى تعويض الضرر** : والسبب فى أن التعويض فى المسئولية العقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع ولو كان مباشراً أن هذا الضرر لم يدخل فى حساب المتعاقدين لأنهما لم يكونا يتوقعانه .

٥ – **التضامن** : والسبب فى أن التضامن يثبت بمقتضى القانون فى المسئولية التقصيرية أن الخطأ هو السبب فى الضرر ، فإذا ارتكب الخطأ اثنان كان خطأ كل منهما هو السبب فى الضرر فوجب عليه التعويض كاملا ، ومن ثم قام التضامن .

٦ – **الإعفاء الاتفاقى من المسئولية** : والسبب فى أن هذا الإعفاء لا يجوز فى المسئولية التقصيرية أن القانون هو الذى قرر أحكام هذه المسئولية ، فهى من النظام العام .

٧ – **التقادم** : وإذا كانت المسئولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات فى بعض الأحوال، فهذا أمر لا يرجع إلى طبيعة المسئولية ، بل إن المشرع قرر ذلك لحكمة ارتآها هو ، وقد لا يرتئيها مشرع آخر . وكان القانون القديم يجعل مدة التقادم فى المسئولية التقصيرية خمس عشرة سنة كما فى المسئولية العقدية .

٥١٢ – **الوضع الصحيح للمسألة – وجوب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية** : لا شك فى أن المسئوليتين العقدية والتقصيرية تقومان على مبدأ واحد. فكلتاهما جزاء للإخلال بالتزام سابق . ولا فرق بينهما فى هذه الناحية ، لا من حيث الأهلية ولا من حيث الإثبات ولا من حيث الإعذار . وقد استطاع أنصار وحدة المسئولية أن يثبتوا ذلك . فالأهلية لا تكون إلا فى العقد ، ولا محل للكلام فيها لا فى المسئولية العقدية ولا فى المسئولية التقصيرية ، وعبء الإثبات وضرورة الإعذار العبرة فيهما لا بأن المسئولية عقدية أو تقصيرية ، بل بأن الالتزام السابق إيجابى أو سلبى .

ولكن إلى هنا تتفق المسئوليتان . وهما تختلفان بعد ذلك . تختلفان فى أن الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية هو التزام عقدى فى المسئولية العقدية. وهو التزام قانونى فى المسئولية التقصيرية . وهذا الاختلاف تترتب عليه فروق جوهرية لا فروق عرضية .

ففى المسئولية العقدية الدائن والمدين هما اللذان بإرادتهما أنشآ هذا الالتزام السابق وحددا مداه . ومن ثم رسما مدى التعويض عن الضرر ، فلم يدخل فى حسابهما الضرر غير المتوقع. ولم تنصرف إرادتهما إلى التعويض عنه ، فلا تعويض . ومن ثم كانت إرادة المتعاقدين، إذا تعدد المدين ، هى التى تحدد مدى اشتراك كل مدين فى المسئولية ، والأصل ألا تضامن بين المدينين ، فإذا أريد التضامن وجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى اشتراطه . ومن ثم جاز للمتعاقدين ، وهما اللذان بإرادتيهما حددا مدى الالتزام ، أن يتراضيا على الإعفاء منه فى حالات معينة . ومن ثم أخيراً لا يتقادم الالتزام ، وهما اللذان ارتضياه ، إلا بمدة طويلة هى خمس عشرة سنة .

ولا كذلك فى المسئولية التقصيرية . فإن الالتزام الذى ترتب على الإخلال به تحقق هذه المسئولية هو التزام قانونى ، أى التزام القانون هو الذى أنشأه وحدد مداه ، ولم تدخل إرادة الطرفين فى شئ من ذلك . ومن ثم وجب التعويض عن كل الضرر ، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه ، ما دام مباشراً ، لأن هذا هو الأصل فى التعويض ، ولم تتدخل إرادة الطرفين لتوقى التعويض عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم إذا اشترك أكثر من واحد فى إحداث الضرر، كان كل منهم متسبباً فيه ، ووجب عليه التعويض كاملا ، ومن هنا قام التضامن . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يتراضيا على الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، فإن الالتزام الذى أخل به المدين هو التزام فرضه القانون ، ولا دخل فيه لإرادة الطرفين ، فالقانون هو الذى يعفى منه فى الحالات التى ينص عليها . ومن ثم رأى المشرع فى المسئولية التقصيرية ، والالتزام مفروض على المدين دون أن يرتضيه ، أن يكون التقادم بمدة أقصر من مدة التقادم فى المسئولية العقدية وفيها ارتضى المدين الالتزام عن طواعية واختيار ولم يفرضه عليه القانون فرضا.

إذن توجد فروق جوهرية بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، ترجع إلى [illegible] كل من المسئوليتين . فالمسئولية العقدية جزاء للإخلال بالتزام عقدى، والطبيعة العقدية لهذا الالتزام هى التى أملت الحلول العملية التى تتفق معها . والمسئولية التقصيرية جزاء للإخلال بالتزام قانونى ، وطبيعة هذا الالتزام هى التى أملت الحلول العملية التى تلائمها والتى [illegible] الحلول العملية الأولى . فلابد إذن من التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية [illegible] التمييز بينهما تتطلبه طبيعة كل منهما ، وترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما ، [illegible] ذكرناها فيما تقدم [1] .

(1) هذا إلى أن عبء الإثبات – من الناحية العملية المحضة – يبدو فرقا جوهرياً ما بين المسئوليتين [illegible] كان هو والإعفاء الاتفاقى من المسئولية سببين رئيسيين لتلمس المسئولية العقدية فى بعض [illegible] كما فى عقد نقل الأشخاص والتزام أمين النقل بسلامة الراكب التزاما كيف بأنه التزام عقدى [illegible] للقول بالخيرة ما بين المسئوليتين – كما فى عقد النقل إذا اقترن بشرط الإعفاء فإن القول [illegible] يمكن من اختيار المسئولية التقصيرية وهذه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها .

٥١٣ – تحديد نطاق كل من المسئوليتين : أما وقد وجب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وثبت أن هناك فروقاً جوهرية بينهما ، فإنه يتعين أن نحدد نطاق كل منهما، حتى تترتب على كل مسئولية ما يتعلق بها من الأحكام .

نطاق المسئولية التقصيرية حدوده واضحة . فإن هذه المسئولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر . فالدائن المضرور هنا أجنبى عن المدين ، لا يرتبط بعقد معه.

أما المسئولية العقدية فيحيد نطاقها شرطان : أولهما أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين ، والثانى أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد. ونبحث كلا من الشرطين .

فالشرط الأول هو أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين . فإذا لم يكن هناك عقد أصلا ، ولو وجدت شبهة عقد ، فالمسئولية لا تكون عقدية . مثل ذلك أن يدعو صديق صديقه للركوب معه فى عربته مجاملة [1] ، أو يدعوه للغذاء أو للسهرة ، أو يخطب رجل امرأة، فلا عقد فى مثل هذه الأحوال ، والمسئولية لا تكون إلا تقصيرية بأن يثبت المضرور أن هناك خطأ ارتكبه المسئول ، كأن يرتكب الصديق خطأ فى قيادة العربة ، أو يتعمد الإخلال بالدعوة إضراراً بصديقه ، أو يعدل الخاطب عن الزواج إضراراً بخطيبته . فإذا قام عقد بين الدائن والمدين أمكن أن تتحقق المسئولية العقدية . ولكن المدة السابقة على تكوين العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما هى الحال فى نظرية الخطأ عند تكوين العقد وقد مر بيانها ، وكما فى قطع المفاوضات للتعاقد فى وقت غير لائق . كما فى رفض شخص للتعاقد بعد أن دعا هو إليه . كذلك المدة التالية لانقضاء العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما إذا دخل مهندس فى خدمة مصنع واطلع على أسراره ولما انقضى عقد خدمته دخل فى خدمة مصنع منافس وأفضى بالأسرار التى وقف عليها فى المصنع الأول – ويجب أن يكون العقد القائم بين الدائن والمدين عقداً صحيحاً ، فإن كان باطلا أو قابلا للإبطال فالمسئولية العقدية لا تتحقق . وقد ورد تطبيق لهذا الحكم فى المادة ١١٩ من القانون المدنى الجديد ، وهى تقضى بأنه «يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته» . ففى هذه الحالة ، بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد، يكون مسئولا مسئولية تقصيرية عن استعماله للطرق الاحتيالية التى قادت إلى التعاقد – والمسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد . فإذا دفع أجنبى أحد المتعاقدين على أن يخل بتعاقده ، كصاحب مصنع يحرض مستخدماً فى مصنع آخر على الخروج من هذا المصنع قبل انتهاء عقد الاستخدام للدخول فى خدمة المصنع

(1) سيأتى تفصيل للأحكام التى تطبق فى النقل المجانى فيما يلى (أنظر فقرة ٥٤٦) .

الأول ، تحققت المسئولية العقدية فيما بين صاحب المصنع الثانى والمستخدم لارتباطهما بالعقد ، ولكن لا تتحقق إلا مسئولية تقصيرية فيما بين صاحب المصنع الثانى وصاحب المصنع الأول ، لأن هذا لم يرتبط بعقد الاستخدام . وإذا أمن شخص على مسئوليته ثم تحققت هذه المسئولية، فإن مسئولية شركة التأمين نحو المؤمن له تكون مسئولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين ، ولكن مسئولية المؤمن له نحو المصاب تكون مسئولية تقصيرية لأن عقد التأمين لم يكن المصاب طرفاً فيه . أما إذا اشترط المؤمن له فى عقد التأمين لمصلحة المصاب ، فإن شركة التأمين تكون مسئولة نحو المصاب مسئولية عقدية دون أن يكون المصاب طرفاً فى عقد التأمين ، ويعد هذا استثناء من القاعدة التى تقضى بأن المسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين طرفى العقد، نزولا على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير .

والشرط الثانى أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد. فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد ، فإن المسئولية العقدية لا تتحقق، بل تتحقق المسئولية التقصيرية (1) . مثل ذلك الهبة ، فإن الواهب لا يضمن خلو الشئ الموهوب من العيب إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمنه ، فإن كان الشئ الموهوب معيباً ولم يضمن الواهب العيب ولم يتعمد إخفاءه ، وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له ، فإن مسئولية الواهب تكون هنا مسئولية تقصيرية ، ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ فى جانب الواهب . أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد فإن المسئولية العقدية تتحقق، كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشترى بالرغم من إعذاره وهلك المبيع فى يد البائع ومن ثم وجب تحديد الالتزامات التى تنشأ من العقد حتى يعد عدم تنفيذها سبباً لتحقق المسئولية العقدية . وهناك عقود يصعب فيها تحديد هذه الالتزامات (١) . ويرجع فى التحديد

(1) ان مفاد نص المادة ١٠٤ (قديم) من القانون التجارى خضوع دعوى المسئولية المترتبة على تخلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقد النقل للتقادم المبين بها اما إذا صدر من الناقل أو تابعيه غش أو خيانة فان الدعوى تستند فى هذه الحالة إلى الفعل الضار ويكون أساسها المسئولية ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن بالات القطن – محل عقد النقل – قد سرقت أو بددت من تابعى الطاعن – الناقل – فان مسئولية هذا الأخير ليست مسئولية تعاقدية بل مسئولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعى عليه به ومن ثم تخضع فى تقادمها إلى حكم المادة ١٧٢ من القانون المدنى التى تقضى بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، واذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقادم تأسيساً على أن مدة سقوط الحق فى رفع الدعوى هى خمس عشرة سنة يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١١٦٠)

(١) ويصعب هذا بنوع خاص فى العقود التى تشتمل على التزام بكفالة السلامة (obligation de sécurité) . فعقد نقل الأشياء يتضمن دون شك هذا الالتزام ، ويعتبر أمين النقل مسئولا مسئولية عقدية إذا تلفت الأشياء التى تعهد بنقلها فى أثناء النقل . أما عقد نقل الأشخاص ، فالأمر فيه أقل وضوحاً وضوحه فى عقد نقل الأشياء . ذلك أن الشئ إذا تسلمه أمين النقل لنقله يخضع خضوعاً تاماً لسيطرته ، إذ ليست له حركة ذاتية ، أو له هذه الحركة كالحيوان ولكن يمكن ضبطها . أما الشخص =

إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . وعلى القاضى أن يكشف عن هذه النية بطرق التفسير المعتادة (١) .

٥١٤ – عدم جواز الجمع ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية : بعد أن بينا وجوب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وحددنا نطاق كل من المسئوليتين، وجب أن نواجه فرضاً يتحقق فى كثير من الأحيان، وهو أن يتوافر فى العمل الواحد شروط المسئولية العقدية وشروط المسئولية التقصيرية فى وقت معاً . ويعرض فى صدد هذا الفرض سؤال أول ، لا يحوم أى شك فى الجواب عليه ، هو هل يجوز للدائن الذى أصابه الضرر بسبب هذا العمل أن يجمع بين المسئوليتين فى الرجوع على المدين ؟

لا شك فى أن الدائن لا يجوز له الجمع بين المسئوليتين فى الرجوع على المدين، إذ الجمع، بأى معنى فهم هذا اللفظ ، غير مستساغ .

قد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويضين ، تعويض عن المسئولية العقدية وآخر عن المسئولية التقصيرية . وهذا غير مستساغ ، لأن الضرر الواحد لا يجوز تعويضه مرتين (1) .

وقد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويض واحد ، ولكن يجمع فى دعوى التعويض بين ما يختاره من خصائص المسئولية العقدية، كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه ، ومن خصائص المسئولية التقصيرية ، كأن يطالب المدين بتعويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك ببطلان الإعفاء الاتفاقى من المسئولية . وهذا أيضاً غير مستساغ . فإن

= الذى يتعهد أمين النقل بنقله فله حركة ذاتية ، لا يخضع زمامها خضوعاً تاما لسيطرة أمين النقل، على أن القضاء والفقه ، فى مصر وفى فرنسا ، يرتبان التزاما بكفالة السلامة فى ذمة أمين النقل، حتى بالنسبة إلى نقل الأشخاص .

والالتزام بالسلامة يختلف مداه فى عقد عنه فى عقد آخر . ففى بعض العقود يكون التزاماً ببذل عناية، كالتزام الطبيب فى علاج المريض، يكفى فيه أن يثبت الطبيب أنه اصطنع الحيطة واليقظة بالقدر المطلوب فى صناعة الطب حتى يكون قد وفى التزامه ولو لم يشف المريض فلا تتحقق مسئولية العقدية. وفى عقود أخرى ، كعقد النقل المتقدم الذكر ، يكون التزاما بتحقيق غاية ، فيكفل المدين سلامة الدائن، ولا تنتفى مسئوليته العقدية إلا إذا أثبت السبب الأجنبى .

(انظر فى الالتزام بكفالة السلامة مازو ١ ص ١٦٥ – ص ١٨٩)

(١) من هذه الطرق الرجوع إلى النصوص التشريعية المفسرة لإرادة المتعاقدين أو المكملة لها. وهذه النصوص كثيرة فى العقود المسماة.

(1) طلب المضرور للتعويض المادى الموروث عن المجنى عليه مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر أدبى من جراء وفاة المورث لا يعتبر جمعا بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية عن ضرر واحد لاختلاف موضوع كل من الطلبين والدائن فيهما .

(جلسة ١٩٩٤/٦/١٩ الطعن ٨٨٨ لسنة ٦٠ ق س ٤٥ ص ١٠٤٥)

كلا من دعوى التعويض العقدية ودعوى التعويض التقصيرية لها خصائصها . والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين . أما الدعوى التي يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويين فهي ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية ، بل هي دعوى ثالثة لا يعرفها القانون .

وقد يفهم الجمع بمعنى ثالث ، هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويين فخسرها يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى . ولكن الفقه – بخلاف القضاء الفرنسي – مجمع على أن قوة الشيء المقضي يحول دون ذلك . فلا يسوغ الجمع حتى بهذا المعنى (1) .

٥١٥ – عدم جواز الخيرة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية : الجمع إذن غير مستساغ في أي معنى من معانيه . ومن ثم نرى عدم الدقة في التعبير عندما يقال هل يجوز الجمع بين المسئوليتين أو لا يجوز ؟ فهذا السؤال لا يحتمل الجواب عليه شكا، إذ الجمع قطعاً لا يجوز . ولكن الشك يقوم إذا أبدل بلفظ «الجمع» (cumul) لفظ «الخيرة»(option) ، فقيل هل تجوز الخيرة بين المسئوليتين ؟ ويراد بهذا أن يقال هل يجوز للدائن أن يختار الدعوى التي يراها أصلح ، على أنه إذا اختار أصلح الدعويين تقيد بها، فلا يلجأ إلى الدعوى الأخرى حتى لو خسر الدعوى التي اختارها ؟ وهذا هو الذى تقصد إليه جمهرة الفقهاء عندما يقولون في غير دقة هل يجوز الجمع ما بين الدعويين . والإجابة على هذا السؤال في وضعه الصحيح تقسم كلا من الفقه والقضاء إلى فريقين متعارضين ، ففريق يقول إن للدائن أن يختار بين الدعويين ، وفريق آخر يذهب إلى أن دعوى المسئولية العقدية تجبّ دعوى المسئولية التقصيرية فلا يصح للدائن أن يرفع غير دعوى المسئولية العقدية، ويمتنع عليه أن يرفع دعوى المسئولية التقصيرية . ونستعرض كلا من الرأيين .

أما الذين يجعلون للدائن الخيرة فيقولون إن شروط كل من الدعويين قد توافرت ، ومنطق القانون يقضي بأن الدعوى متى توافرت شروطها جاز أن ترفع . وهنا توافرت شروط دعوى المسئولية العقدية ، فإذا اختارها الدائن جاز له رفعها . وتوافرت كذلك شروط دعوى المسئولية التقصيرية ، فلا شيء يمنع الدائن من رفعها إذا آثرها على الدعوى الأولى .

وأما الذين يقصرون الدائن على دعوى المسئولية العقدية فيقولون إن الدائن لا يعرف المدين إلا من طريق العقد ، فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد وجب أن يحكمها العقد والعقد وحده . فإذا أخل المدين بالتزامه العقدى لم يكن أمام الدائن إلا دعوى المسئولية العقدية، وليس له الرجوع بدعوى المسئولية التقصيرية .

---

(1) وسنرى فيما بعد أن هذا هو إيضا قضاء محكمة النقض في مصر في دائرتها المدنية (نقض مدني في ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) . أما الدائرة الجنائية فتذهب إلى عكس ذلك (نقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

ولا شك في أن الأخذ برأى دون آخر من هذين الرأيين تترتب عليه نتائج عملية هامة تتمشى مع وجوه التمييز ما بين المسئوليتين فيما قدمنا . ومن وجوه التمييز هذه الإثبات . فإذا جاز للدائن أن يختار وكانت المسئوية التقصيرية قائمة على خطأ مفروض ، اختارها الدائن لينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، ولو أن الدائن قصر على المسئولية العقدية لكان هو المكلف بإثبات أن المدين قد أخل بالتزامه إذا كان التزاماً بعناية . ومن وجوه التمييز أيضاً الإعفاء الاتفاقى من المسئولية . فإذا تعاقد عميل مع أمين النقل وكان في عقد النقل اتفاق على الإعفاء من المسئولية أو على التخفيف منها ، ثم أصيب العميل إصابة تدخل في حدود هذا الاتفاق ، وكان له أن يختار بين المسئوليتين ، لاختار المسئولية التقصيرية إذ لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف ، ولو قصر على المسئولية العقدية لاندفعت هذه المسئولية أو خففت بفضل الاتفاق الذى تم على ذلك . وإلى جانب هذين الوجهين توجد الوجوه الأخرى التي قدمناها في التمييز ما بين المسئوليتين . ففي دعوى المسئولية العقدية لا يكون التضامن إلا باتفاق ، أما في دعوى المسئولية التقصيرية فإن التضامن يقوم بحكم القانون . فإذا كان للدائن أن يختار ، ولم يكن هناك اتفاق على التضامن ، فقد يختار المسئولية التقصيرية ابتغاء أن يجرى التضامن بين المدينين ، أما إذا قصر على المسئولية العقدية فلا تضامن . وفي دعوى المسئولية العقدية لا يعوض المدين إلا عن الضرر المتوقع ، أما في دعوى المسئولية التقصيرية فيعوض عن أى ضرر مباشر ولو كان غير متوقع . فهنا أيضاً تكون الخيرة نافعة للدائن ، إذ يستطيع أن ينتقل من المسئولية العقدية إلى المسئولية التقصيرية فينال تعويضاً كاملا عن الضرر المباشر . ودعوى المسئولية العقدية تتقادم عادة بخمس عشرة سنة ، أما دعوى المسئولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات . وهنا الخيرة لا تنفع الدائن ، فدعوى المسئولية العقدية إذا قصر عليها أفضل له من دعوى المسئولية التقصيرية .

ومهما يكن من انقسام الفقه والقضاء ، في فرنسا وفي مصر (1) ، في هذه المسألة

---

(1) أنظر في انقسام القضاء والفقه في فرنسا مازو ١ فقرة ١٨٨ – فقرة ٢٠٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٩٣٣ – فقرة ٩٣٨ .

أما في مصر فيبدو أن الكثرة من أحكام القضاء الوطني والمختلط تنزع إلى جواز الخيرة ما بين المسئوليتين. من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترط المؤجر عدم مسئوليته عما يصيب المستأجر من الضرر من العين المؤجرة، فإن هذا الشرط لا يخلى المؤجر من مسئوليته التقصيرية عن هذا الضرر (استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧١ – وفي ١٠ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ – وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦). ومن ذلك أيضا ما قضت به هذه المحكمة من أنه إذا كان القانون المدنى (القديم) لا يلزم المؤجر بالقيام بأية مرمة، فإن هذا لا يخليه من المسئولية التقصيرية عن الضرر الذى يصيب المستأجر بسبب تقصير المؤجر في ترميم ملكه (استئناف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ – وفي ٥ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٥). ومن ذلك ما قضت به كل من محكمة الاستئناف الوطنية ومحكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترطت مصلحة السكك الحديدية تحديد مسئوليتها في مبلغ معين في حالة ضياع البضاعة المشحونة، فإن هذا الشرط لا يسرى في مسئولية هذه المصلحة تقصيرية عن عمالها أو عن الغير (استئناف وطني =

= فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ ص ٢٤٥ – وفى ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٤٨٠ – استئناف مختلط فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ – وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٨ – وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ – وفى ٨ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٤ – وفى ٨ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٧ ص ٤٣٤ – وأنظر عكس ذلك استئناف وطنى فى ٢ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢٩ – استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر ١٩٤٣ م ٦٥ ص ٢٦).

وقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية الوطنية أخيراً بجواز الخيرة ما بين المسئوليتين ، إذ قررت أنه « لا شبهة.... فى التزام الناقل ضمناً بسلامة الراكب إلى الجهة المتعاقد على النقل إليها ، لأن هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من التعاقد ... وأن مؤدى الأخذ بهذا النظر الاستناد فى طلب التعويض إلى أحد الأساسين ، المسئولية التقصيرية أو المسئولية التعاقدية ، حسبما يتسنى لطالب التعويض . فإذ قصرت وسائله عن إثبات عناصر الأولى أمكن الاستناد إلى الثانية عند توافر أركانها (استئناف الإسكندرية فى ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١) – ويلاحظ أن المحكمة لم تكن فى حاجة إلى القول فى هذه القضية بجواز الخيرة بين المسئوليتين ، فإن الخيرة إنما تظهر فائدتها فى الانتقال من المسئولية العقدية إلى المسئولية التقصيرية . أما هنا فقد انتقلت المحكمة من المسئولية التقصيرية إلى المسئولية العقدية، وكان يكفيها أن تقرر أن عقد النقل ينشئ التزاماً عقدياً بضمان سلامة الراكب ، يستطيع أن يستند إليه الدائن فى مطالبة المدين بإثبات أنه قد وفى بهذا الالتزام .

أما محكمة النقض فلم تبت حتى الآن فى هذه المسألة بقضاء حاسم . فقد أخذت فى قضية بالمسئولية العقدية ، ولكنها لم تذكر أنها استبعدت المسئولية التقصيرية لقيام المسئولية العقدية، وهذا هو ما قضت به : «ليس لرب العمل أن يستقل بما من شأنه أن يزيد فى أخطار العمل الذى استخدم العامل لأدائه . فإن هو فعل صح اعتباره مخلا بعقد الاستخدام إخلالا يصلح أساسا لمسئوليته . ولما كانت الثابت فى الحكم أن عقد استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد أنه معتزم تأجيرها لدولة محاربة، وأن هؤلاء الملاحين لم يحاطوا علماً بهذا التأجير، وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد فى أخطار عملهم ، فلا مخالفة للقانون إذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير فيه خطأ من جانبه فى حق عماله . هذا وإذا كانت المحكمة المذكورة قد رتبت على هذا الخطأ مسئولية الطاعن عن فقد ملاحى السفينة على اعتبار أن هذا الفقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأيها فى ذلك إنما هو رأى فى مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض ان تراقبه . ومتى استقام الحكم على أساس قواعد المسئولية العقدية، كان ما ورد فيه خاصاً بتطبيق أحكام قانون التجارة البحرى تزيداً ، وكان ما جاء فى الطعن منصباً عليه غير منتج (نقض مدنى فى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٠ ص ٥٥٣).

وفى قضية أخرى يبدو أن محكمة النقض لا تأبى أن يقوم التعويض على أساس كل من المسئوليتين، فقد قضت بأنه «مادام الحكم قد أقام مسئولية المحكوم عليه بالتعويض على كلا الأساسين : العقد والفعل الضار، فإنه لا تكون به حاجة إلى تطبيق المادة ١٢٠ من القانون المدنى (القديم) التى تنص على أن التضمينات لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً، إذ هذه المادة لا تنطبق على المسئولية عن الأفعال الضارة وإذ أن الإعذار الذى تنص عليه غير لازم فى حالة المسئولية العقدية عند الأخلال بالتزام سلبى (نقض مدنى فى أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ ص ٥١٣).

وأما الفقه فى مصر فمنقسم ، فمن الفقهاء من يقول بجواز الخيرة (مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٨) – وقد كنا نقول بها فى الموجز (فقرة ٣٠١) . ومنهم من يقول بقصر الدائن على المسئولية العقدية (الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار ص ١٧) .

الهامة (1) ، فنحن نأخذ بالرأى الذى يقول بالاخيرة للدائن ، وليس له إلا دعوى المسئولية

(1) أ – يتعين على محكمة الموضوع فى كل حال أن تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها، باعتبار أن كل ما تولد للمضرور حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما كانت طبيعة المسئولية التى استند إليها المضرور فى تأييد طلبه ، أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك، لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض التى يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى، ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء نفسها .
(جلسة ١٩٧٩/٢/٥ الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٤٧٦)
(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٩ الطعن رقم ٩٤٦ لسنة ٤٦ ق)

ب – إذ خص المشرع المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية كلا منها بأحكام تستقل بها عن الأخرى وجعل لكل من المسئوليتين فى تقنينه موضعاً منفصلا عن المسئولية الأخرى، فقد أفصح بذلك عن رغبته فى إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين ، فإذا قامت علاقة تعاقدية محدده بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر فى القانون بشأنه، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد، سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً أو عند الاخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية التى لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة ، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذى ارتكبه وأدى إلى الاضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيماً مما تتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانونى، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كان متعاقد أو غير متعاقد.
(جلسة ١٩٨١/١/٢٧ الطعن ٢٦٨ لسنة ٤٧ ق س ٣٢ ص ٣٥٥)
(جلسة ١٩٦٨/٤/١٦ الطعن ٢٨٠ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٧٦٢)

جـ – متى كانت الطاعنة (شركة التأمين) قد أسست دعواها قبل الناقل بطلب قيمة التعويض عن الضرر الذى لحق بها بسبب تلف البضاعة أثناء النقل، على العقد الذى تم بموجبه نقل هذه البضاعة فإنه لا محل لما تثيره الطاعنة من أن ما تضمنه ذلك العقد من الاتفاق على الاعفاء من المسئولية هو شرط باطل فى نطاق المسئولية التقصيرية ، ولا على الحكم المطعون فيه وقد تبين أن المسئولية أساسها العقد إن هو لم يعرض لما تدعيه الطاعنة من أن لها حقا فى الاختيار بين المسئوليتين ولم يجر تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية بصدد هذا الشرط .
(جلسة ١٩٦٩/٦/٣ الطعن ٢٤٨ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ٨٥١)

د – النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلتزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ ، وإذ كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة المسببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ ، الطاعن بأنه خطأ عقدى ما دام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها .
(جلسة ١٩٧٨/١/١٩ الطعن ٥٨ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٢٦٥)

هـ – إذا كانت محكمةالموضوع قد طبقت خطأ أحكام المسئولية التقصيرية دون قواعد المسئولية الواجبة التطبيق، فإنه يجوز لمن تكون له مصلحة من الخصوم فى أعمال هذه القواعد أن يطعن فى الحكم بطريق النقض على أساس مخالفته للقانون، ولو لم يكن نبه محكمة الموضوع إلى وجوب تطبيق تلك القواعد لالتزامها هى بإعمال أحكامها من تلقاء نفسها ، ولا يعتبر النعى على الحكم بذلك إبداء لسبب جديد مما لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، ذلك بأن تحديد طبيعة المسئولية التى يتولد عنها حق المضرور فى طلب التعويض يعتبر مطروحا على محكمة الموضوع ، ولو لم يتناوله بالبحث فعلا.
(جلسة ١٩٧٣/١٢/١١ الطعن ٨٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٢٣٤)

العقدية . ذلك أن الالتزام العقدى الذى صار المدين مسئولا عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً فى ذمته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يقم به ، لم يكن مسئولا عن ذلك ، لا مسئولية عقدية لأن العقد لما يبرم ، ولا مسئولية تقصيرية إذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فإذا أبرم العقد . قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى حدود لا تترتب عليها إلا المسئولية العقدية . وليس للدائن أن يلجأ إلى المسئولية التقصيرية (٢) . إذ هى تفترض أن المدين قد أخل بالتزام فرضه القانون ، والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد. ويتبين من ذلك أن الخيرة لا تكون إلا فى التزام فرضه العقد والقانون معاً . فأمين النقل إذا سرق البضاعة التى ينقلها يكون قد أخل بالتزامه العقدى الناشئ من عقد النقل، فتحقق مسئوليته العقدية . ويكون فى الوقت ذاته قد أخل بالتزامه القانوني الذى يحرم عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل ، فتتحقق مسئوليته التقصيرية وللدائن أن يختار بين هاتين المسئوليتين .

وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخيرة يضيع على الدائن فى بعض الحالات حقه العادل فى التعويض . فشرط الإعفاء من المسئولية الذى تتضمنه عادة عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية ، وقيام هذه المسئولية كاف بدوره لمنع المسئولية التقصيرية . فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية لوجود شرط الإعفاء ، ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل. ولكن هذه النتيجة هى التى أرادها المتعاقدان . وما لم يكن عقد النقل عقد إذعان – كما هو الغالب – حيث يعتبر شرط الإعفاء شرطاً تعسفياً يجوز للقاضي إلغاؤه أو تعديله، فإنه يجب النزول على إرادة المتعاقدين (١) .

* * *

---

(١) قارن الموجز للمؤلف فقر ٣٠١ .

(1) أ – من المقرر أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى دعوى التعويض التى يربط فيها المضرور مع المسئول عنه بعلاقة تعاقدية سابقة كما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية من اهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة إلا أن ذلك رهين بعدم ثبوت أن الضرر الذى لحق بأحد العاقدين كان نتيجة فعل من العاقد الأخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسما مما تتحقق به حقا او كان المسئولية التقصيرية وتأسيسا على أنه أخل بالتزام قانونى اذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد وأن استخلاص عناصر الغش وتقدير ما يثبت به من عدمه فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بغير رقابة من محكمة النقض عليها فى ذلك ما دامت الوقائع تسمح به .
(جلسة ١٩٩٠/٤/٤ الطعن ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ ق)
(جلسة ١٩٨١/١/٢٧ الطعن ٢٦٨ لسنة ٤٧ ق س ٣٢ ص ٣٥٥) .

ب – اذا اعتبرت الطاعنة (المرسل إليها) طرفا ذا شأن فى سند الشحن فإن العلاقة بينهما وبين الشركة المطعون ضدها «الناقلة» يحكمها سند الشحن وحده وهذا السند هو الذى يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفى الحدود التى رسمها ذلك السند وهى حدود لا يترتب عليها إلا المسئولية العقدية، وليس للطاعنة أن تلجأ إلى المسئولية التقصيرية إن أساسها الاخلال بالتزام فرضه القانون، والالتزام فى خصوصية النزاع لا تصدر له إلا سند الشحن ما دامت الطاعنة لم تدع أى عجز نتج عن اقتراف المطعون ضدها لفعل حرمه القانون (جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥ الطعن ٦٠ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٢٢٠)

٤ – تطور المسئولية التقصيرية

٥١٦ – تاريخ هذا التطور هو توسع مستمر فى المسئولية التقصيرية : ونقف الآن عند المسئولية التقصيرية ، بعد أن ميزناها عن غيرها من أنواع المسئولية فيما تقدم . ونستعرض فى إيجاز تاريخ تطورها .

ويمكن القول بوجه عام إن تاريخ تطور المسئولية التقصيرية هو تاريخ توسع مستمر فى هذه المسئولية .

فمن حالات معينة محدودة لا تتحقق المسئولية إلا فيها ، إلى توسع تدريجي فى هذه الحالات ، إلى شمول وصل بالمسئولية التقصيرية إلى أن تكون قاعدة عامة . وهذا ما وصل إليه التطور فى القانون الفرنسى القديم ، وانتقل منه إلى التقنين الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ .

ومنذ التقنين الفرنسى أخذت القاعدة العامة ذاتها تتطور . فهى قد قامت على فكرة جوهرية هى فكرة الخطأ (faute) . ثم أخذت هذه الفكرة تتقلص فبعد أن كان الخطأ لابد من إثباته ، قامت حالات صار الخطأ فيها مفروضاً . وها نحن نشهد فى الوقت الحاضر فكرة تحمل التبعة (risque) تقوم إلى جانب فكرة الخطأ ثابتاً كان أو مفروضاً .

فنستعرض هذا التطور ، منذ القانون الرومانى إلى عصرنا الحاضر، استعراضاً سريعاً.

٥١٧ – القانون الرومانى : تتميز نظرية المسئولية التقصيرية فى القانون الرومانى بخصائص ثلاث :

أولا – لم تكن هناك قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض. بل كانت هناك أعمال معينة تحددها النصوص القانونية هى وحدها التى ترتب المسئولية . ذلك أن المسئولية التقصيرية كانت فى القديم متروكة إلى الأخذ بالثأر ، ثم انتقلت إلى الدية الاختيارية ، ثم إلى الدية الإجبارية ، ثم إلى العقوبة منذ استقر تدخل الدولة لإقرار الأمن والنظام . ومن ثم كانت الأعمال التى تستوجب تدخل الدولة محدودة محصورة لا تنتظمها قاعدة عامة . على أن هذه الأعمال أخذ عددها يزيد بالتدريج فى خلال القرون ، وأخذ كل عمل يتسع نطاقه . وأهم مثل لذلك الجريمة التى كان قانون أكيليا (Aquilia) ينص عليها. فقد كانت هذه الجريمة محددة تحديداً ضيقاً ، فلا تشمل إلا بعض أنواع التلف التى تقع على بعض الأشياء . ثم اتسع نطاقها بالتدريج حتى شمل كل أنواع التلف وحتى عم جميع الأشياء ، على أن يكون كل من العمل والتلف مادياً وأن يكون الشئ الذى يقع عليه التلف مادياً وأن يقع التلف على ذات الشئ (corpore corpori) . فإذا كان العمل الذى وقع على الشئ غير مادى، كإحداث صوت ينذعر من سماعه حيوان فيجفل ، أو وقع عمل مادى على الشئ ولكن لم يصبه بتلف مادى ، كإطلاق حيوان من عقاله فيهرب ، كانت شروط الجريمة غير متوافرة . ثم تحللت الجريمة من هذه القيود المادية ، ولكن بقيت شروط أخرى ، ولم يصل الرومان إلى التعميم الكامل . وتلى هذه الجريمة فى التعميم جريمة الغش (dol) . وتلى ذلك أعمال ألحقت بالجرائم (quasi-délits) فأصبحت ترتب المسئولية على غرارها . ولكن الرومان لم يصلوا فى وقت ما إلى وضع قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضرراً يوجب التعويض .

ثانياً – ولم يكن جزاء هذه الأعمال المحددة التى ترتب المسئولية تتمحض تعويضاً مدنياً. بل إن فكرة العقوبة الجنائية بقيت تتخلل فكرة التعويض المدنى كأثر من آثار الماضى وقت الأخذ بالثأر ودفع الدية .

ثالثاً – ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسئولية إلا بالتدريج . فلم يكن الخطأ فى بادئ الأمر مشترطاً ، بل كان الضرر هو الشرط البارز . ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئاً فشيئاً. أما فى الأعمال التدليسية أى الغش فإن فكرة الخطأ ظهرت بوضوح حتى استغرقت فكرة الضرر.

٥١٨ – القانون الفرنسى القديم : يرجع إلى القانون الفرنسى القديم ، فى تطوراته المتعاقبة وتحت تأثير القانون الكنسى ، الفضل فى تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية، ثم فى تمييز المسئولية التقصيرية عن المسئولية العقدية . والغريب أن فقهاء القانون الفرنسى القديم فعلوا ذلك ، فى بعض منه ، عن طريق تفسير القانون الرومانى تفسيراً خاطئاً . فإن هذا القانون لم يصل فى أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح . ونستعرض الخصائص الثلاث التى أثبتناها للقانون الرومانى لنرى ماذا صارت إليه فى القانون الفرنسى القديم .

أولا – انتهت القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية إلى أن توضع وضعاً واضحا صريحاً. وضعها دوما (Domat) أكبر فقيه فى القانون الفرنسى القديم ، فى كتابه المعروف «القوانين المدنية» (Lois civiles) على النحو الآتى : «كل الخسائر والأضرار التى تقع بفعل شخص ، سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو لجهل بما تنبغى معرفته أو أى خطأ مماثل ، مهما كان هذا الخطأ بسيطاً ، يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطؤه سبباً فى وقوعها» (١) .

ثانياً – وتمحض جزاء المسئولية تعويضاً مدنياً لا تتخلله فكرة العقوبة الجنائية ، على الأقل فيما يتعلق بالضرر الذى يقع على المال . أما الضرر الذى يقع على النفس أو الشرف فبقى الجزاء عليه يحمل أثراً من فكرة العقوبة ، يتمثل فى أن دعوى التعويض تنتقل بعد موت الدائن لا إلى ورثته بل إلى أقاربه الأدنين إذ هم أصحاب الثأر .

ثالثاً – وظهرت فكرة الخطأ واضحة وضوحاً تاماً كأساس للمسئولية التقصيرية . بل إن الخطأ العقدى ميز تمييزاً واضحاً عن الخطأ التقصيرى وعن الخطأ الجنائى كما تقدم القول . وهذا ما يقوله دوما فى هذا الصدد : «يمكن التمييز ، فى الخطأ الذى يكون من شأنه أن يحدث ضرراً ، بين أنواع ثلاثة : خطأ يتعلق بجناية أو بجنحة – وخطأ يرتكبه الشخص إذ يخل بالتزاماته العقدية ، كما إذا لم يسلم البائع الشئ المبيع أو لم يقم المستأجر بالترميمات

(1) "Toutes les pertes et tous les dommages, qui peuvent arriver par le fait de quelques personnes soit imprudence, légèreté, ignorance de ce que l'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute, y a donné lieu".

التى التزم به – وخطأ لا علاقة له بالعقود ولا يتصل بجناية أو بجنحة ، كما إذا ألقى شخص عن رعونة شيئاً من النافذة فأتلفت ملابس (أحد المارة) ، وكما إذا أحدث حيوان ضرراً وكانت حراسته غير محكمة ، وكما إذ أشعل شخص حريقاً عن تقصير منه ، وكما إذا آل بناء إلى السقوط بسبب عدم ترميمه فوقع على بناء آخر وأحدث به ضرراً» (١) .

٥١٩ – التقنين المدنى الفرنسى : وقد ظهرت هذه الخصائص الثلاث بوضوح فى التقنين المدنى الفرنسى . فقد صارت المسئولية التقصيرية فى هذا التقنين قاعدة عامة، وتميزت عن المسئولية الجنائية ، وقامت على أساس الخطأ .

وقد نصت المادة ١٣٨٢ من هذا التقنين على أن «كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه» . ثم نصت المادة ١٣٨٣ على ما يأتى : «كل شخص يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه لا بفعله فحسب ، بل أيضا بإهماله أو بعدم تبصره» . ويبدو أن واضعى التقنين الفرنسى قصدوا النص على الأعمال العمدية فى المادة ١٣٨٢ ، وخصصوا المادة ١٣٨٣ للأعمال غير العمدية من إهمال أو عدم تبصر . ولكن نص المادة ١٣٨٢ فيما ورد به من عموم لا يحتمل هذا التحديد ، بل هو شامل لجميع الأخطاء التى تترتب عليها المسئولية التقصيرية ، عمدية كانت أو غير عمدية .

ثم انتقل واضعو التقنين الفرنسى من المسئولية الشخصية إلى المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء . وهذه أيضا أقاموها على فكرة الخطأ . فنصت المواد ١٣٨٤ – ١٣٨٦ على المسئولية عن الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة ، ومسئولية المتبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان ، والمسئولية عن البناء وفى كل هذه النصوص لم يرد واضعوا التقنين الفرنسى أكثر من تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينة ، هى الحالات التى يسأل فيها الشخص لا عن عمل صدر منه شخصياً ، بل عن عمل أتى به آخر فى رقابته أو حدث من شئ تحت يده . ولكن مسئوليته فى كل هذه الحالات تقوم على خطأ منسوب إليه شخصياً ، فقد قصر فى رقابة الغير أو أهمل فى حراسة الشئ .

٥٢٠ – تطور المسئولية التقصيرية منذ التقنين المدنى الفرنسى – نظرية تحمل التبعة (risque) : وقد تطورت المسئولية التقصيرية منذ صدور التقنين الفرنسى تطوراً عميقاً . ودار تطورها حول فكرة الخطأ . فأخذت هذه الفكرة تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفى فى

(1) "On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelques dommages: celles qui vont à un crime ou à un délit; celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu: et celles qui n'ont pas de rapport aux conventions et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre qui gâte un habit, si de animaux mal gardés font quelque dommage. si on cause un incendie par imprudence, si un bâtiment qui menace ruine, n'étant pas réparé, tombe sur un autre et y fait des dommages".

بعض الحالات ، تارة تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً قابلا لإثبات العكس ، وطوراً تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، بل حتى اختفت تماماً وأحلت مكانها لنظرية تحمل التبعة (risque) . وكان الفقه هو الرائد لهذا التطور ، أمسك زمامه في يده، وسبق إليه القضاء . وسار القضاء وراء الفقه بخطوات مترددة ، ولم يشأ أن يسير الشوط إلى نهايته ، فوقف عند الخطأ المفروض ، ولم يجاوزه إلى مسئولية لا تقوم على خطأ أصلاً بل على محض تحمل التبعة .

ونفصل ما أجملناه .

كان للتطور الاقتصادى السريع منذ القرن التاسع عشر أكبر الأثر في تطور نظريات المسئولية التقصيرية . فقد تقدمت الصناعة تقدماً عظيما باستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل . ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر الكامن فى استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالاً وأكثر تحققاً مما كان عليه الأمر فى الماضى . فعاد ركن الضرر فى المسئولية التقصيرية إلى البروز حتى كاد يغطى على ركن الخطأ . وبدأ تطور المسئولية يرجع إلى نقطة الابتداء حيث كان المعيار مادياً لا شخصياً .

وكان الفقه أول من استجاب لهذا التطور ، متأثرا بعاملين . أولهما علمي هو ما نشرته المدرسة الوضعية (école positiviste) الإيطالية بزعامة فرى (Ferri) من وجوب التعويل على الناحية الموضوعية لا على الناحية الذاتية ، حتى فى المجرم نفسه ، فيعاقب لا بالنظر لما يستحقه لشخصه ، بل بالنظر لما تقتضيه حماية المجتمع ، وإذا أمكن القول بالنظرية الموضوعية فى القانون الجنائى ، فأولى بالقانون المدنى أن يكون الميدان الخصب لهذه النظرية. والعامل الثانى عملى، يرجع إلى ازدياد مخاطر العمل زيادة كبيرة من شأنها أن تجعل عسيراً على العامل فى الكثرة الغالبة من الأحوال أن يثبت الخطأ فى جانب رب العمل حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض .

حاول الفقه فى البدء أن يعالج الأمر عن طريق الاحتيال على بعض نصوص التقنين المدنى الفرنسى . فشبه الآلات بالبناء ، وما دام يكفى فى البناء إثبات العيب حتى يكون صاحبه مسئولا . كذلك الآلات إذا أثبت العامل عيباً فيها كان رب العمل مسئولا عما تحدثه الآلات المعيبة من الضرر . ولكن تيسير الإثبات على هذا النحو لم يكن كافياً. فإن الصعوبة فى إثبات العيب فى الآلة تكاد لا تقل عن الصعوبة فى إثبات الخطأ فى جانب رب العمل . ثم لجأ الفقه إلى طريقة أخرى، فجعل رب العمل مسئولا مسئولية عقدية عن سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته . ولكن القضاء لم يماش الفقه فى استخلاص التزام من عقد العمل بضمان سلامة العامل .

ومذ رأى الفقه أن هذه المحاولات لم تجد نفعاً ، واجه الصعوبة من طريق مباشر. فنادى بأنه ليس من الضرورى أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية ، ويجوز أن تقوم هذه المسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة الضرر وتحمل تبعته . وهذه هى نظرية تحمل التبعة. فمن خلق تبعات يفيد من مغانمها ، ويجب عليه أن يحمل عبء مغارمها . وقد قام على رأس الفقهاء ، ينادى بهذه النظرية ، سالى وجرسران ، وبنياها على تفسير جديد مجدد للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى . فذهبا إلى أن المشرع الفرنسى

لا يشترط ركن الخطأ فى المادة ١٣٨٢ إذ يقول : «كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير ...» (Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage) ، وأنه رسم قاعدة عامة فى المسئولية عن الأشياء فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ إذ يقول : «يكون الشخص مسئولا .... عن الضرر ... الذى يحدث بفعل الأشياء التى هى فى حراسته» (On est responsale.... du dommage... qui est causé par le fait des choses aue l'on a sous sa garde) على أن الفقهاء لم يعتمدوا على النصوص وحدها ، بعد تحويرها هذا التحوير الذى لم يخطر ببال المشرع الفرنسي وقت وضع التقنين ، بل اعتمدوا فوق ذلك على صياغة نظرية فقهية كاملة أسموا «نظرية تحمل التبعات المستحدثة» (théorie des risques créés) أو النظرية الموضوعية (théorie objective) يقابلون بها النظرية الشخصية (théorie subjective) التى تقوم على فكرة الخطأ . وقالوا ان النظرية الشخصية لم تعد تتفق لا مع المنطق ولا مع التطور الاقتصادى . فهى أولا تصطدم مع المنطق ، فمنذ انفصلت المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ، وأصبح التعويض المدنى لا دخل للعقوبة فيه ، لم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساساً للمسئولية المدنية ، ويجب أن يكون أساس هذه المسئولية الضرر الذى يستوجب التعويض ، لا الخطأ الذى يقتضى العقوبة ، وهى بعد ذلك تصطدم مع التطور الاقتصادى ، وذلك منذ أصبحت المخترعات الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم . فما دام الشخص ينتفع بالشئ فمن العدل أن يحمل تبعته ، والغرم بالغنم . وإذا كانت المسئولية الشخصية تصلح فى نظام اقتصادى يقوم على الزراعة ، ففى نظام اقتصادى قوامه الصناعة لا تصلح إلا المسئولية الموضوعية ،. فالواجب إذن فى رأى هؤلاء الفقهاء هجر المسئولية الشخصيية إلى المسئولية الموضوعية ، أى هجر المسئولية القائمة على خطأ ولو كان مفروضاً إلى المسئولية المجردة عن أى خطأ . ويوجه هذا النظر أساس معقول يقوم على الاعتبار الآتى : يقع ضرر لا بخطأ من أحد ، فمن الذى يجب أن يتحمل هذا الضرر ؟ أيتحمله المضرور وهو الذى خضع لتبعة لم يكن له يد فى إيجادها وليس هو الذى يفيد منها ، أم يتحمله محدث الضرر وهو الذى أوجد هذه التبعة وهو الذى يفيد منها؟ أضف إلى ذلك أن العلاقات المدنية أصبحت الآن علاقات مالية أكثر منها علاقات شخصية . وليس يرهق صاحب المصنع أن يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر ، فإن هذا يدخل فى مخاطر صنعته ، وهو أقدر من العامل على مواجهة هذه المخاطر ، وبحسبه أن يلجأ إلى التأمين لمصلحة عماله ، فإن ذلك لا يبهظه ، بل هو يحقق به معنى التضامن الاجتماعى . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظرية الموضوعية : عمل كثير الأخطار ، كبير المنفعة ، يسهل التأمين فى شأنه. هذه هى العناصر الثلاثة التى إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية أمراً ميسوراً، لا عنت فيه ولا إرهاق .

والفرق الجوهرى ما بين المسئولية الشخصية والمسئولية الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفروضاً ، ولو كان هذا الفرض غير قابل لإثبات العكس. فأساس المسئولية الخطأ لا الضرر ، والمسئول هو الحارس لا المنتفع . أما المسئولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ ، والمسئول هو المنتفع لا الحارس . ويترتب على ذلك أن

المدين فى المسئولية الشخصية ، إذا كانت المسئولية قائمة على خطأ واجب الإثبات ، يستطيع أن يدفعها عن نفسه إذا عجز الدائن عن إثبات خطأ فى جانبه . فإذا كانت المسئولية قائمة على خطأ مفروض فرضاً يقبل إثبات العكس ، استطاع أن يدفعها بإثبات أنه لم يخطئ . فإن كان فرض الخطأ لا يقبل إثبات العكس ، استطاع المدين أن يدفع المسئولية بإثباته السبب الأجنبى. فالمدين يستطيع دائماً أن يدفع المسئولية الشخصية عن نفسه ، إما بنفى الخطأ فى ذاته، وإما بنفيه كسبب للضرر الذى وقع . أما المسئول فى المسئولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسئولية حتى لو نفى الخطأ ، وحتى لو أثبت السبب الأجنبى . فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاطه ، ولو بغير خطأ منه ، فهو المسئول عنه .

هذا هو ما انتهى إليه فقه النظرية الموضوعية فى أوج انتشارها . ولكن ما لبث الفقه أن تحول عنها شيئاً فشيئاً ، ووجد غناء فى نظرية الخطأ المفروض . ولم يبق ثابتاً على النظرية فى معناها الواسع الشامل إلا قلة من الفقهاء ، فيهم جوسران وديموج وسافاتييه . وكان السبب فى وقوف الفقه عن المضى فى النظرية الموضوعية موقف كل من التشريع والقضاء فى فرنسا.

أما التشريع الفرنسى فقد حدد نطاقاً ضيقا للنظرية الموضوعية ، وبقى بعيداً عن أن يأخذ بها كقاعدة عامة . فقد اقتصر على الأخذ بها فى بعض نواحى النشاط وما يتولد عنها من تبعات أخذ بها فى تبعات الحرفة (risque professionnel) وذلك فى تشريع العمال الذى صدر فى سنة ١٨٩٨ ، ثم امتد بتشريعات متعاقبة من الصناعة إلى التجارة ، ثم إلى الزراعة ، ثم إلى الخدمة المنزلية . وأدمجت كل هذه التشريعات فى تشريع موحد صدر فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، ثم فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ . والتشريع يرتب المسئولية على مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل بضرر فى أثناء عمله أو بمناسبة هذا العمل ، حكم له بتعويض مقدر (forfaitaire) لا يصل إلى التعويض الكامل ، ولا تنتفى المسئولية عن رب العمل حتى لو أثبت الحادث الفجائى أو خطأ المضرور أو عمل الغير ، وإنما تنتفى بإثبات القوة القاهرة . وأخذ المشرع الفرنسى بالمسئولية الموضوعية أيضا فى «تبعات الطيران» (risque de navigation aérienne) ، فقد صدر تشريع فى سنة ١٩٢٤ يجعل المنتفع بالطيارة مسئولا عن كل ما تحدثه طيارته من أضرار . ولا تنتفى المسئولية حتى لو أثبت المسئول القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو عمل الغير ، وإنما تنتفى بإثبات خطأ المضرور وأخذ المشرع الفرنسى بالمسئولية الموضوعية أخيراً فى «تبعات التضامن الاجتماعى» (risque social) . من ذلك أن تشريعاً صدر فى سنة ١٨٩٥ يجعل الدولة مسئولة عن تعويض المحكوم عليه فى جنحة أو جناية فى الأحوال التى يجوز له فيها طلب مراجعة القضاء (demande en révision) ويثبت عند المراجعة أنه برئ (أنظر المادة ٤٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى) . وهذه مسئولية موضوعية عن تبعات الأخطاء القضائية (erreurs judiciaires). ومن ذلك أيضاً أن تشريعاً صدر فى سنة ١٩١٩ وآخر فى ١٩٢١ يوجبان تعويض ضحايا الحرب وضحايا مصانع الذخيرة فى أحوال معينة ، وهذه مسئولية موضوعية عن تبعات الدفاع الوطنى (défense nationale) . ولا يزال أنصار المسئولية الموضوعية ينظرون إلى هذه التشريعات المختلفة فى كثير من التفاؤل . فهذه

الحرفة، وتبعات الطيران ، وتبعات التضامن الاجتماعى ، قد رتب المشرع المسئولية عليها جميعاً. فليس بعيداً أن يرتب المسئولية بعد ذلك على «تبعات الملكية» (risuqe de propriété) ، ثم على تبعات النشاط بوجه عام (risque d'activité) ، حتى يستكمل بذلك جميع الصور فى «تبعات الخطر المستحدث» (risque créé) . ولكننا لا نزال بعيدين كثيراً فى ميدان التشريع عن استغراق كل هذه الصور . بل إن أهم صورة فيها ، وهى صورة تبعات الحرفة، ليست تسجيلا كاملا للمسئولية الموضوعية ما دام المضرور لا ينال تعويضاً شاملا عن كل ما لحقه من الضرر . ثم إن المشرع الفرنسى قد أصدر ، من جهة أخرى، تشريعات هى نفى صريح للمسئولية الموضوعية ، بل ورجوع عن الخطأ المفروض إلى الخطأ الواجب الإثبات[(١)] .

وأما القضاء الفرنسى فلم يسلم بالمسئولية الموضوعية . بل هو يشترط دائماً أن تقوم المسئولية على الخطأ . ولكنه سار شوطاً بعيداً فى جعل هذا الخطأ مفروضاً فى أحوال كثيرة. وسنرى ذلك تفصيلا عند الكلام فى المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء . واستعان القضاء الفرنسى ، إلى جانب الخطأ المفروض فى المسئولية التقصيرية ، بالمسئولية العقدية فى بعض الحالات ، وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة (obligation de sécurité) فى بعض العقود وبخاصة فى عقد النقل . ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء الفرنسى ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية ، ولم يحد عن ذلك إلى نظرية تحمل التبعة . وهو مع ذلك قد وصل إلى كثير من النتائج العملية التى تقول بها أنصار المسئولية الموضوعية ، وذلك عن طريق الخطأ المفروض .

٥٢١ – المسئولية التقصيرية فى التقنين المصرى القديم : وقد أخذ التقنين المصرى القديم قواعد المسئولية التقصيرية عن القانون الفرنسى فى وقت كان القضاء الفرنسى فيه قد بدأ يأخذ بالخطأ المفروض . فوضع القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية ، وأقامها على خطأ واجب الإثبات . إذ نص فى المادتين ١٥١/٢١٢ على ما يأتى : «كل فعل نشأ منه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر» . ثم عرض لحالات الخطأ المفروض على غرار القانون الفرنسى ، فأكمل نص المادتين ١٥١/٢١٢ بما يقرر مسئولية المكلف بالرقابة عمن هم تحت رعايته ، وإقام هذه المسئوليه على خطأ مفروض ، إذ قضى فى عبارة غامضة بما يأتى : «وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته أياهم» . ثم انتقل إلى مسئولية المتبوع عن التابع (م

(١) من ذلك قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ ويتعلق بمسئولية المعلمين عند تلاميذهم ، وقد ألغى به قانون ٢٠ يولية سنة ١٨٩٩ . وقد استبقى هذا القانون مسئولية الدولة قائمة مكان مسئولية المعلمين ، ولكنه تطلب لتحقق هذه المسئولية إثبات خطأ فى جانب المعلم بعد أن كان هذا الخطأ مفروضاً .

ومن ذلك أيضا قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ يستثنى فيه من المادة ١٣٨٤ – بعد أن سلم أن هذه المادة تقيم المسئولية عن الأشياء على خطأ مفروض – حالة الحريق ، فجعل المسئولية فيها تقوم على خطأ واجب الإثبات .

٢١٤/١٥٢)، فالمسئولية عن الحيوان (م ٢١٥/١٥٣)، فبنى المسئولية فى هاتين الحالتين أيضاً على خطأ مفروض . ولم ينقل عن القانون الفرنسى النص الخاص بالمسئولية عن البناء[1] . كذلك لم ينقل عن القضاء الفرنسى المسئولية عن الأشياء على الوجة الذى استقر عليه هذا القضاء أخيراً فى تفسيره للفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى، إذا لم يكن هذا القضاء وقت ظهور التقنين المصرى القديم قد استقر على هذا التفسير .

أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها التقنين المدنى القديم . وإذا كان بعض الفقهاء فى مصر نادى بوجوب الأخذ بها [1] ، فإن القضاء المصرى فى أحكامه ، عدا النذر اليسير[2] ، قد قطع فى عدم الأخذ بها ، وأعلنت محكمة النقض هذا فى عبارات واضحة صريحة [3] .

٥٢٢ – المسئولية التقصيرية فى التقنين المصرى الجديد : كان التقنين المصرى القديم قد التزم الإيجاز التام فى النصوص التى أوردها فى المسئولية التقصيرية ، على النحو الذى رأيناه فيما تقدم . أما التقنين الجديد فقد أورد فى هذا الموضوع الكبير الأهمية عدداً غير قليل من النصوص ، عالج فيها العيوب الجسيمة التى كانت

(١) الدكتور عبدالسلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ٧٨١ وما بعدها .

(٢) أنظر فى هذه الأحكام الموجز فى النظرية العام للالتزامات للمؤلف ص ٣٨٣ هامش رقم ٢ وبعلى بنوع خاص : محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ علىحدة – محكمة الزقازيق الكلية فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ – محكمة مصر الكلية المختلطة فى ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٩٥ .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض : «إن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسئولا عن ... ملكه التى لا يلابسها شيئ من التقصير ، بل إن هذا النوع من المسئولية يرفضه الشارع المصرى ... فلا يجوز للقاضى اعتماداً على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية إن يرتبه على اعتبار أنه ... يسيغه، إذ أن هذه المادة لا يصح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعليه ... لأحكام صريحة فيه جامعة مانعة . وإذن فالحكم الذى يرتب مسئولية الحكومة مدنياً عما يحدث ... على نظرية مسئولية مخاطر الملك التى لا تقصير فيها والمسئولية الشيئية يكون قد أنشأ نوعاً من ... لم يقرره الشارع ولم يرده ، ويكون إذن قد خالف القانون ويتعين نقضه» (نقض مدنى فى ... سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ ص ٤٨٥) . وانظر أيضا : استئناف مصر الوطنية فى ٢٦ ... ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٨ ص ٧٤٥ – استئناف مختلط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ... ١٥٤ ... وفى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨١ – وفى ١٠ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ... (تحمل التبعة الاجتماعية) .

(1) متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض للمطعون عليهم عن الاضرار التى لحقتهم ... حمل الطاعنه مسئولية سقوط حائط منزلها دون بيان وجه خطئها فى ذلك مع وجوب ... بالمادة ١٥١ من القانون المدنى القديم المنطبق على واقعة الدعوى والذى لم يرد فيه نص ... من القانون المدنى الجديد التى تفترض مسئولية حارس البناء عما يحدث انهدامه من ضرر ما ... الحادث لا يرجع إلى اهمال فى الصيانة أو تدمر فى البناء أو عيب فيه، وهذا تشريع مستحدث ... إلا من تاريخ العمل به ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون وشابه القصور . (جلسة ١٩٥٣/٩/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص ٩٨)

تشوب نصوص التقنين القديم [1] .

ويتبين من النصوص التى أوردها التقنين الجديد أمران :

أولا – أن هذا التقنين لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة . وقد أحسن فى ذلك صنعاً. إذ يجب فى هذا الصدد أن يسلك المشرع المصرى الطريق الذى سبقه إليه المشرع الفرنسى، فيصدر تشريعات خاصة فى مسائل معينة يقتضى التطور الاقتصادى أن يؤخذ فيها بنظرية تحمل التبعة ، فيأخذ بها فى هذه التشريعات إلى حد معقول . وهذا هو النهج الذى سار عليه المشرع المصرى فعلا ، متمشياً فى ذلك مع مقتضيات الظروف الاقتصادية للبلاد [2] .

ثانياً – جعل التقنين الجديد المسئولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات . أما المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء فقد أقامهما على خطأ مفروض .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «بالغ التقنين السابق فى التزام الإيجاز بصدد الأحكام الخاصة بالعمل غير المشروع . وليس يخلو هذا الوضع من شئ من الغرابة . ولا سيما إذا روعى أن أحكام المسئولية التقصيرية قد أصابت ، منذ صدور التقنين المدنى الفرنسى ، وبوجه خاص منذ صدور التقنينات المصرية ، من بسطة النطاق ما يؤهلها لأن تشغل فى تقنين عصرى مكاناً لا يدانيه فى أهميته ما أفرد لها حتى اليوم . وقد عرض المشروع لأحكام العمل غير المشروع فى قسمين رئيسين . أفرد أولهما للمسئولية عن الأعمال الشخصية، وهى المسئولية العامة أصلا ، وقوامها إثبات الخطأ . أما القسم الثانى فقد جمعت فيه أحوال المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء ، وهى أحوال تقوم فيها المسئولية على افتراض الخطأ . وقد استهل المشروع القسم الأول بالقاعدة الأساسية فى المسئولية عن الخطأ الثابت ، فأفرغها فى نص واضح موجز اقتبسه من المشروع الفرنسى الإيطالى . والواقع أن التقنينات اللاتينية ، فى هذه الناحية ، أرقى فى صياغتها التشريعية من التقنين الألمانى فهذا التقنين ، بدلا من أن يضع مبدأ تنطوى فى عمومه جميع التطبيقات التفصيلية للخطأ الشخصى ، يبدأ بطائفة من النصوص تعرض لحالات خاصة، ومن هذه الحالات يستخلص المبدأ العام ومذهبه هذا يقرب من مذهب القانون الأنجليزى . ولكنه أخلق بنظام قانونى يقوم على أحكام القضاء ، وعلى التطبيق فى المسائل التفريعية ، منه بتقنين يقصد به إلى تقرير مبادئ عامة ولهذه العلة أعرضت عنه ذات التقنينات التى درجت على استلهام التقنين الألمانى ، كتقنين الالتزامات السويسرى والتقنين النمساوى المعدل والتقنين البولونى» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٠) .

(٢) ومن أهم هذه التشريعات الخاصة التى أصدرها المشرع المصرى ، وأخذ فيها بتحمل التبعة بالقدر المعقول، نذكر ما يأتى :

١ – قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون التأمين الاجتماعى ، وتقضى المادة ١ – يشمل نظام التأمين الاجتماعى التأمينات التالية : (١) .... ، (٢) التأمين ضد اصابات العمل ، (٣) التأمين ضد المرض ، (٤) .... ، (٥) ....

وتنص الفقرة هـ من المادة (٥) أنه يقصد باصابة العمل : الاصابة بأحد الامراض المهنية المبينة بالجدول رقم ١ المرافق . أو الاصابة نتيجة حادث وقع أثناء تأدية العمل أو سببه ، وتعتبر الإصابة الناتجة عن الاجهاد أو الارهاق من العمل اصابة عمل متى توافرت فيها الشروط والقواعد التى يصدر بإقرار من وزير الشئون الاجتماعية والتأمينات بالاتفاق مع وزير الصحة .

ويعتبر فى حكم ذلك كل حادث يقع للمؤمن عيه خلال فترة ذهابه لمباشرة عمله أو عودته =

ونحن نساير هذا الترتيب . فنبحث المسئولية التقصيرية فى فصلين :

(الفصل الأول) فى المسئولية عن الأعمال الشخصية .

(والفصل الثانى) فى المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

= منه بشرط أن يكون الذهاب أو الإياب دون توقف أو تخلف أو انحراف عن الطريق الطبيعى . وعرفت الفقرة (و) المصاب هو من أصيب باصابة عمل ، كما أوضحت الفقرة (ز) المريض هو من أصيب بمرض أو حادث غير إصابة عمل .

وقضت المادة ٤٩ بأنه اذا حالت الاصابة بين المؤمن عليه وبين أداء عمله تؤدى الجهة المختصة خلال فترة تخلفه عن عمله بسببها تعويضا عن أجرة يعادل أجره المسدد عنه الاشتراك ويصرف هذا التعويض للمصاب فى مواعيد صرف الأجور بالنسبة لمن يتقاضون أجرهم بالشهر ، اسبوعيا بالنسبة لغيرهم . ويستمر صرف ذلك التعويض طوال مدة عجز المصاب عن اداء عمله أو حتى ثبوت العجز المستديم أو حدوث الوفاه ، وتقضى المادة ٥٧ بأنه لا يستحق تعويض الأجر وتعويض الاصابة فى الحالات الآتية : (أ) إذا تعمد المؤمن عليه اصابة نفسه . (ب) إذا حدثت الاصابة بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب المصاب ويعتبر فى حكم ذلك .

١ – كل فعل يأتيه المصاب تحت تأثير الخمر أو المخدرات . (٢) كل مخالفة صريحة لتعليمات الوقاية المعلقة فى أمكنة ظاهرة فى محل العمل .

وذلك كله ما لم ينشأ عن الاصابة وفاة المؤمن عليه أو تخلف عجز مستديم تزيد نسبته على ٢٥ ٪ من العجز الكامل ، وتنص المادة ٦٦ بالتزام الجهة المختصة بجميع الحقوق المقررة وفقا لأحكام هذا الباب ولو كانت الاصابة تقتضى مسئولية شخص آخر خلاف صاحب العمل دون اخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسئول .

وتقضى المادة ٦٨ بانه لا يجوز للمصاب أو المستحقين عنه التمسك ضد الهيئة [illegible] بالتعويضات التى تستحق عن الاصابة طبقا لأى قانونى آخر . كما لا يجوز لهم ذلك بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الاصابة عن خطأ من جانبه . وبذلك عدل القانون عن المبدأ الذى كان [illegible] به من أنه لا يجوز للمصاب ذلك أيضاً بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الاصابة قد نشأت عن خطأ جسيم من جانب صاحب العمل ومن ثم يكون للمؤمن عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على تعويض تكميلى من صاحب العمل إذا كان التعويض المقرر له بمقتضى هذا التأمين غير كاف لجبر الضرر الذى لحق به بسبب الاصابة وذلك أيا كانت درجة خطأ صاحب العمل (تقرير لجنة القوى العاملة عن مشروع القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥) .

٢ – قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن التلف الذى يصيب المبانى والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحرب ; وهو قانون مؤقت ، ويخصص للتعويض رأس مال [illegible] موارد متعددة ، أهمها ضريبة تجبى من المنتفعين بهذا القانون (فهو بمثابة تأمين إجبارى) [illegible] الميزانية العامة معادل لما يجبى من هذه الضريبة .

٣ – قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار [illegible] ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب [illegible] الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين والبحارة وعمال [illegible] بأى عمل فى السفينة).

٤ – قانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الارشاد بميناء الإسكندرية : ويقضى [illegible] السفينة – فيما عدا حالة الخطأ الجسيم من المرشد – عن كل هلاك أو ضرر يصيب [illegible] أثناء عمليات الإرشاد ، ويقضى كذلك بتعويض للمرشد عند اضطراره للسفر مع السفينة [illegible] الأحوال الجوية أو بناء على طلب ربان الفينة .

الفصل الأول

المسئولية عن الأعمال الشخصية

٥٢٣ – مسئولية تقوم على خطأ واجب الاثبات : المسئولية عن الأعمال الشخصية، أى عن عمل شخصى يصدر من المسئول نفسه ، هى مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات. فالخطأ هنا غير مفروض ، بل يكلف الدائن إثباته فى جانب المدين . وهذه هى القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية ، لم ينحرف القانون عنها إلى مسئولية تقوم على خطأ مفروض إلا فى حالات معينة حصرتها النصوص .

والمسئولية ، فى قاعدتها العامة ، لها أركان إذا توافرت ترتبت على المسئولية آثارها. فنحن نتكلم فى أركان المسئولية ، ثم فى آثار المسئولية .

الفرع الأول

أركان المسئولية التقصيرية

٥٢٤ – أركان ثلاثة : تنص المادة ١٦٣ من القانون المدنى الجديد ما يأتى :

«كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » [(١)] .

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٢٣٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكب لخطأ بتعويض الضرر» . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلا لفظياً فصارت مطابقة للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبحت المادة ١٦٧ فى المشروع النهائى . وقد وافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٣ – ص ٣٥٦).

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «تستظهر المادة ٢٣٠ من المشروع (م ١٦٣ من القانون الجديد) فى عبارة أكثر ما تكون إيجازاً ووضوحاً حكم المسئولية التقصيرية فى عنصرها الثلاثة . فترتب الإلزام بالتعويض على (كل خطأ سبب ضرراً للغير) . فلابد إذن من توافر خطأ وضرر ثم علاقة سببية تقوم بينهما» .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٤).

وتقابل المادة ١٦٣ من القانون الجديد المادة ١٥١ من القانون الوطنى القديم والمادة ٢١٢ من القانون المختلط القديم . وهذا نص كل منهما :

م ١٥١ من القانون الوطنى القديم : «كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر..... » .

م ٢١٢ من القانون المختلط القديم : «كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه، ما لم يكن الفاعل غيرمدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أو لأى سبب آخر» .

ويتبين من هذا النص أن المسئولية التقصيرية ، كالمسئولية العقدية ، لها أركان ثلاثة : (١) الخطأ (٢) الضرر (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

فنتكلم عن هذه الأركان الثلاثة تباعاً .

المبحث الأول

الخطأ (*)

(La faute)

٥٢٥ – مسألتان : نحدد أولا فكرة الخطأ الذى يوجب المسئولية التقصيرية ، ثم نستعرض تطبيقات مختلفة لهذه الفكرة .

المطلب الأول

تحديد فكرة الخطأ فى المسئولية التقصيرية

٥٢٦ – آراء مختلفة فى تحديد فكرة الخطأ : تضاربت الآراء فى تحديد معنى الخطأ فى المسئولية التقصيرية . ونستعرض من هذه الآراء أكثرها ذيوعاً ، وهى أربعة .

(*) **بعض المراجع** : رولان (Rolin) فى بعض ملاحظات على الالتزامات الناشئة من الجريمة وشبه الجريمة بروكسل سنة ١٩٢٧ – راتسيرت (Rutsaert) فى أساس المسئولية غير العقدية بروكسل سنة ١٩٣٠ – مارتون (Marton) فى أساس المسئولية المدنية سنة ١٩٣٨ .

الرسائل : جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ – تيسير (Teisseire) رسالة من أكس سنة [illegible] – بسك (Bosc) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٠١ – كوهندى (Cohendi) رسالة من [illegible] ١٩١٠ – سافاتييه رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ – بترميبه (Betremieux) رسالة من [illegible] ١٩٢١ – ليجال (Legal) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ – مينييه (Meignié) رسالة من [illegible] ١٩٢٤ – ولهم (Wilhem) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٢٨ – شميت (Schmidt) [illegible] باريس سنة ١٩٢٨ – بران (Brun) رسالة من ليون سنة ١٩٣١ – دوران (Durand) [illegible] باريس سنة ١٩٣١ – فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ – فيرو [illegible] رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ – جواتون (Joatton) رسالة من ليون سنة ١٩٣٣ – مليجيك [illegible] رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ – ليمير (Lemaire) رسالة من ليل سنة ١٩٣٥ [illegible] (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ – هيسون (Husson) رسالة من باريس سنة [illegible]

المقالات : إيمانويل ليفى فى المسئولية والعقد (المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٩ ص ٣٦١ وص [illegible]) جينى فى تحمل التبعة والمسئولية (المجلة الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٨١٢) – بلانيول فى أساس [illegible] (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٢٧٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠) – جودميه (Gaudemet) [illegible] حديث فى المسئولية المدنية (المجلة الفصلية سنة ١٩٢٧ ص ٨٩٣) – إسمان فى مبادئ المسئولية [illegible] (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٥٨) وفى ثلاث مسائل فى المسئولية المدنية (المجلة [illegible] ١٩٣٤ ص ٣١٧) – شوفو (Chauveau) فى مسائل المسئولية (المجلة الانتقادية سنة [illegible] ٣٠٦) – سافاتييه فى القواعد العامة فى المسئولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص [illegible]

فرأى شائع بين الفقهاء يقول أن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أى العمل الضار المخالف للقانون (١) . وهذا رأى لا يقدمنا كثيراً فى تحديد معنى الخطأ . إذ يبقى أن نعرف ما هى الأعمال التى تلحق ضرراً بالغير وينهى عنها القانون . وإذا كانت هناك نصوص تعين بعض هذه الأعمال فإن الكثرة الغالبة منها لم يرد فيها نص . فيكون علينا أن نرسم لها ضوابط تعينها ، وهذا ما نتلمسه فلا نجده فى هذا الرأى .

ورأى ثان – قال به الأستاذ بلانيول – يعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالتزام سابق (٢) . ويبقى هنا أيضاً أن نعرف ما هى هذه الالتزامات التى يعتبر الإخلال بها خطأ . يحاول بلانيول أن يحصرها فى أربعة : الامتناع عن العنف ، والكف عن الغش ، والإحجام عن عمل لم تتهيأ له الأسباب من قوة أو مهارة ، واليقظة فى تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء . وليس هذا تعريفاً للخطأ ، بل هو تقسيم لأنواعه .

ورأى ثالث للأستاذ إيمانويل ليفى يقول إن تحديد الخطأ يقتضى التوفيق ما بين أمرين : مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص فمن حقهم عليه أن يحجم عن الأعمال التى تضر بهم ، ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير . فالشخص ما بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه ، ولا يتعارض مع ثقة الناس به . ويدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة (confiance légitime trompée) . وهو كما نرى لا يتضمن ضابطاً يبين هذا الطريق الوسط الذى يعصم الشخص من الخطأ إذا هو سلكه .

ورأى رابع يحلل الخطأ إلى عنصرين ، فهو اعتداء على حق يدرك المعتدى فيه جانب الاعتداء كما يقول ديموج ، أو هو إخلال بواجب يتبين من أخل به أنه أخل بواجب كما يقول سافاتييه ، أو هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهك حرمته أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل كما يقول جوسران . والاعتداء على الحق ، والإخلال بالواجب ، والحق الأقوى أو الحق المماثل ، كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ ، بل هى ذاتها فى حاجة إلى تحديد .

٥٢٧ – الخطأ له ركنان – ركن مادى وركن معنوى : والرأى الذى استقر فقهاً وقضاء يقرب معنى الخطأ فى المسئولية التقصيرية من معناه فى المسئولية العقدية . فالخطأ فى المسئولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانونى ، كما أن الخطأ فى المسئولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدى . وقد رأينا أن الالتزام العقدى يعد الإخلال به خطأ فى المسئولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية

---

(١) أنظر المادة ٢١٢ من القانون المختلط القديم ، وتقول : «كل فعل مخالف للقانون ...» . وقد سبق ذكرها .

(٢) وهذه هى عبارة بلانيول ذاتها : (La fauto est un manquement à une obligation préexistante) (بلانيول ٢ فقرة ٨٦٣) .

(obligation de moyne) . أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسئولية التقصيرية فهو دائماً التزام ببذل عناية ، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير . فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب ، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف ، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية(1) .

ومن ثم يقوم الخطأ في المسئولية التقصيرية على ركنين : الركن الأول مادى وهو التعدى (culpabilité) ، والركن الآخر معنوى وهو الإدراك (imputabilité, discernement) .

١ – الركن المادى : التعدى

٥٢٨ – مقياس التعدى مقياس موضوعى لا مقياس ذاتى : تستظهر مما تقدم أن الخطأ انحراف في السلوك . فهو تعد يقع من الشخص في تصرفه ، ومجاوزة للحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه . فكيف يقع هذا الانحراف ؟ وما هو ضابطه ؟

يقع الانحراف إذا تعمد الشخص الإضرار بالغير – وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) – أو إذا هو دون أن يتعمد الإضرار بالغير أهمل وقصر – وهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية (quas-délit civil) .

أما الضابط في الانحراف فيتصور أن يرد إلى إحدى وجهتين : وجهة ذاتية (subjectif) أو وجهة موضوعية (objectif) . فيقاس التعدى الذي يقع من الشخص مقياساً شخصياً (in concreto) إذا اخترنا الوجهة الذاتية ، أو مقياساً مجرداً (in abstracto) إذا آثرنا الوجهة الموضوعية .

والمقياس الشخصى يستلزم أن ننظر إلى شخص المتعدى نفسه ، لا إلى التعدى ، أو نحن ننظر إلى التعدى من خلال شخص المتعدى . فنبحث هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه إنحرافاً في السلوك ، أي في سلوكه هو . فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير ، فأقل انحراف في سلوكه يكون تعدياً . وقد يكون دون المستوى العادى في

(1) رتب المشرع في المادة ١٦٣ من القانون المدني الالتزام بالتعويض على كل خطأ سبب ضرراً للغير وأورد عبارة النص في صيغة عامة بما يجعلها شاملة لكل فعل أو قول خاطئ سواء أكان مكوناً لجريمة معاقبا عليها أم كان لا يقع تحت طائلة العقاب ويقتصر على الاخلال بأى واجب قانوني لم تكفله القوانين العقابية بنص ، ومؤدى ذلك أن المحكمة المدنية يجب عليها البحث فيما اذا كان الفعل المنسوب للمسئول – مع تجرده من صفة الجريمة – يعتبر خروجا على الإلتزام القانوني المفروض على الكافة ، بعدم الاضرار بالغير دون سبب مشروع ، فلا يمنع انتفاء الخطأ الجنائي عن الفعل المؤسس عليه الدعوى من توافر الخطأ في هذا القول أو الفعل .
(جلسة ١٩/١٢/١٩٨٥ الطعن ١٠٤١ ولسنة ٥٢ ق) .

والذكاء ، فلا يعتبر متعدياً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً . وقد يكون في المستوى العادى المألوف ، فالتعدى بالنسبة إليه لا يكون انحرافاً في السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضآلة ، ولكنه انحراف إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحرافاً عن السلوك المألوف . والمقياس الشخصى على هذا النحو لا شك في عدالته . فهو يأخذ كل شخص بجريرته ، ويقيس مسئوليته بمعيار من فطنته ويقظته . وهو في الوقت ذاته يربط ما بين الخطأ القانوني والخطأ الأدبي . فالشخص لا يكون قد ارتكب خطأ قانونياً إلا إذا أحس أنه ارتكب خطأ أدبياً . فضميره دليله ووازعه ، يشعره بما يهم أن يرتكب من خطأ ، ويثنيه عنه، أو يسجله عليه . ولكن المقياس الشخصى فيه عيب جوهرى لا يصلح معه أن يكون مقياساً منضبطاً وافياً بالغرض . فهو يقتضى أن ننسب الانحراف في السلوك إلى صاحبه ، فننظر إلى الشخص . ونكشف عما فيه من يقظة ، وما خلص له من فطنة ، وما درج عليه من عادات . وهذا كله أمر خفى ، بل لعله أن يكون من الخفاء بحيث يستعصى على الباحث المدقق كشفه . ثم هو بعد ذلك يختلف من شخص إلى شخص ، فالانحراف عن السلوك المألوف، تراه الناس في العادة انحرافاً محققاً ، يكون تعدياً بالنسبة إلى شخص ذى فطنة أو شخص عادى، ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين في الفطنة . فما ذنب ضحية هذا الانحراف ؟ وما الذى يعنيه – وقد حاق به الضرر – من أن يكون المتسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادى أو دون هذا المستوى ؟ وهل التعويض جزاء جنائى ينظر فيه إلى شخص المجرم قبل أن ينظر إلى الجريمة ، فيصيب المجرم في نفسه قبل أن يصيبه في ماله ؟ أو هو جزاء مدنى ينظر فيه إلى التعدى قبل أن ينظر إلى المتعدى ، فيصيب المسئول في ماله قبل أن يصيبه في نفسه ؟ لا شك في أن التعويض جزاء مدنى لا عقوبة جنائية ، ولا شك كذلك في أن الدائن بمقتضى العمل غير المشروع ، كالدائن بمقتضى العقد ، لا تعنيه الظواهر النفسية بقدر ما تعنيه الظواهر الاجتماعية . فالخطأ كالإرادة شئ اجتماعى قبل أن يكون ظاهرة نفسية. وكما يقف الدائن في العقد عند الإرادة الظاهرة يستخلص منها الإرادة الباطنة دون أن يعبأ بما يكنه مدينه من سريرة خفية ، كذلك الدائن في العمل غير المشروع ينبغى أن يقف عند الانحراف عن السلوك المألوف لا يعبأ بما ينطوى عليه مدينه من تراخ أو يقظة .

من أجل هذا كله رجح لأخذ بالمقياس المجرد دون المقياس الشخصى. فيقاس الانحراف بسلوك شخص نجرده من ظروفه الشخصية . هذا الشخص المجرد هو الشخص العادى الذى يمثل جمهور الناس ، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض . وهو الشخص الذى اتخذناه من قبل مقياساً للخطأ العقدى في الالتزام ببذل عناية ، حيث يطلب من المدين في الأصل أن يبذل عناية الرجل العادى. وهو شخص عرفه القانون الرومانى ، وسماه برب الأسرة العاقل (bon père de famille) ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص العادى ، ونقيس عليه سلوك الشخص الذى نسب إليه التعدى . فإن كان هذا لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادى ، فهو لم يتعد ، وانتفى عنه الخطأ ، ونقض المسئولية عن كاهله . أما إذا

كان قد انحرف ، فمهما يكن من أمر فطنته ويقظته ، فقد تعدى ، وثبت عليه الخطأ ، وترتبت المسئولية فى ذمته . بهذا وحده يسلم لنا مقياس منضبط صالح واف بالغرض ، فلا نحن فى حاجة إلى البحث عن خبايا النفس والكشف عن خفايا السرائر ، ولا المقياس يختلف فى تطبيقه من شخص إلى شخص . بل يصبح التعدى أمراً واحداً بالنسبة إلى جميع الناس، إذ أن معياره لا يتغير . فإذا جاوز الانحراف المألوف من سلوك الناس صار تعدياً ، يستوى فى ذلك أن يصدر من فطن ذكى أو وسط عادى، أو خامل غبى . ويصبح الخطأ شيئاً اجتماعياً لا ظاهرة نفسية ، فتستقر الأوضاع ، وتنضبط الروابط القانونية (١) (1) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويغنى لفظ (الخطأ) فى هذا المقام عن سائر النعوت والكنى التى تخطر للبعض فى معرض التعبير كاصطلاح (العمل غير المشروع) ، أو (العمل المخالف للقانون) أو (الفعل الذى يحرمه القانون) إلخ .... فهو يتناول الفعل السلبى (الامتناع) والفعل الإيجابى ، وتنصرف دلالته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء . وغنى عن البيان أن سرد الأعمال التى يتحقق فيها معنى الخطأ فى نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم ، ولا يؤدى قط إلى وضع بيان جامع مانع . فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضى . وهو يسترشد فى ذلك بما يستخلص من طبيعة نهى القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه . فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير، ومخالفة هذا النهى هى التى ينطوى فيها الخطأ . ويقتضى هذا الالتزام تبصراً فى التصرف ، يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص (إقرأ الرجل العادى) . وقد أقر التقنين النمساوى هذا الضابط التوجيهى إقراراً تشريعياً ، فنص فى المادة ١٢٩٧ على أنه (يفترض فيمن يتمتع بقواه العاقلة أن تتوافر لديه درجة الانتباه والعناية التى تتوقع فى سواد الناس. ويتحقق معنى الخطأ فى كل عمل ينشأ عنه ضرر بحقوق الغير إذا لم يلتزم من وقع منه هذا العمل تلك الدرجة) . وقد عرض التقنين البولونى ، بعد أن وضع المبدأ العام فى المسئولية التقصيرية ، لصورة التحريض والإعانة على الإضرار وصورة الافادة من الضرر . فقرر فى المادة ١٣٦ مسئولية من يحرض شخصاً آخر على الإضرار بالغير أو يعينه على ذلك ، كما قرر مسئولية من يفيد عن بينة من ضرر يصيب الغير . أما حكم الصورة الأولى ، وهى الخاصة بمسئولية الشريك ، فلا وجه للشك فيه ، لأن التحريض فى ذاته يعتبر خطأ مستقلا . ولكن حكم الصورة الثانية لا يزال محلا للنظر فى وجوه ، فإذا لم يكن قد وقع ممن أثرى على هذا النحو خطأ معين ، ولم يجاوز أمره حدود الانتفاع عن بينة من ضرر أصاب الغير، فلا تجوز مساءلته إلا بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب (أنظر المادة ٥٠ من تقنين الالتزامات السويسرى)» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥) .

(1) أ - استخلاص الفعل المؤسس عليه طلب التعويض من سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغا . تكييف الفعل بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩ الطعن قم ١١٨٦٥ السنة ٦٥ ق س ٤٨ ص ١٠٢٥)

(جلسة ١٩٩٥/١١/٢٣ الطعن ٢٨٤٥ لسنة ٥٩ ق س ٤٦ ص ١٥٦)

(جلسة ١٩٩٣/٣/٢٨ الطعن ٧٥٨ السنة ٥٦ ق س ٤٤ ص ٨٣١)

ب - مجاوزة لجنة قبول المحامين لاختصاصها لا تشكل انحرافاً عن السلوك المألوف أو خطأ بمحو قيد المطعون ضده من الجدول رغم انعقاد الاختصاص بذلك لمجلس تأديب [illegible] يتوافر به الخطأ كعنصر لمساءلة نقابة المحامين بالتعويض .

(جلسة ١٩٩٩/١/٢٦ الطعن ٢٨٩٥ لسنة ٦٢ ق)

ولا نريد فى دفاعنا عن المقياس المجرد - وهو المقياس الذى أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء - أن نخفى ما ينطوى عليه من تسليم جزئى بقيام المسئولية على تحمل التبعة (risque) . ذلك أن الشخص الذى هو دون المستوى العادى من الفطنة واليقظة ، إذا أخذ بهذا المقياس ، كان عليه أن يتحمل تبعة نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادى. فقد يكون استنفد ما وسعه من جهد ، وبذل ما فى طاقته من حرص ويقظة ، ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادى ، فيعد انحرافه عن هذا المستوى تعديا ، ويصبح مسئولا . ومسئوليته هنا إذا كانت تقوم على خطأ قانونى بالنسبة إلى المقياس المجرد ، فهى لا تقوم على أى خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصى ، ومن هنا يجئ تحمل التبعة . فكأن المطلوب من الناس جميعاً ، وهم مأخوذون بهذا المقياس المجرد ، أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك . فمن علا عن الوسط كان علوه غنما ، ومن نزل عنه كان نزوله غرما. هكذا يعيش الإنسان فى المجتمع ، وهذا هو الثمن الذى يدفعه للعيش فيه .

٥٢٩ - التجرد من الظروف الداخلية لا من الظروف الخارجية : وهذا المقياس المجرد - مقياس السلوك المألوف من الشخص العادى - قد تجرد كما قلنا من جميع الظروف الذاتية الملابسة لشخص المتعدى . إذ هى ظروف داخلية متصلة به . فهو مأخوذ بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادى (1) حتى لو كان هو محدود الذكاء ، قليل الفطنة ، ضعيف الإدراك (٢) . وهو مأخوذ به أيضاً حتى لو كان بطئ الحركة ، خامل الهمة ، بليد الطبع . وهو مأخوذ به كذلك حتى لو كان عنيف التصرف ، ثائر الطبع ، عصبى المزاج - ولو أن سائق السيارة ليلا فى المدينة كان ضعيف النظر ، أو كان صبياً صغيراً فى السن، أو كان ريفياً لم يتعود القيادة فى المدن ، أو كان امرأة لا تضبط أعصابها ، فإن شيئاً من هذا لا يغير من وجه المسألة . فما زال السائق مأخوذاً بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادى .

---

(٢) بحيث لا يصل ضعف الإدراك إلى حد انعدام التمييز ، وإلا انعدم الركن المعنوى للخطأ . وسنرى ذلك فيما يلى .

(1) أ - الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية المنصوص عليها فى المادة ١٦٣ من القانون المدنى هو الانحراف عن السلوك العادى المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير .

(جلسة ١٩٧٨/١٠/٣٠ الطعن رقم ٤٠ لسنة ٤٣ ق)

ب - الخطأ الموجب للمسئولية طبقا للمادة ١٦٣ من القانون المدنى هو الاخلال بالتزام قانونى يفرض على الفرد أن يلتزم فى سلوكه بما يلتزم به الافراد العاديون من اليقظة والتبصر حتى لا يضرون بالغير فإذا انحرف هذا السلوك الذى يتوقعه الآخرون ويقيمون تصرفاتهم على أساس من مراعاته يكون قد أخطأ .

(جلسة ١٩٧٨/٥/٣١ الطعن ٣٣٦ لسنة ٤٣ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٣/٢١ الطعن ٢٧٢ لسنة ٤٣ ق)

(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٦٣٦)

والشخص العادى هنا رجل سليم النظر ، تعود القيادة ، يستطيع عند الاقتضاء أن يضبط أعصابه . هذه هى الصفات التى ألفتها الناس ، وما تنتظر بحق أن يكون عليها سائق السيا[رة] ليلا فى المدينة .

نقول : سائق السيارة ليلا فى المدينة ، ولم نقل سائق السيارة إطلاقاً دون تحديد. ذلك أن الشخص العادى الذى جعل مقياساً مجرداً ، إذا كنا قد جردناه من جميع الظروف الملابسة لشخص المتعدى إذ هى ظروف داخلية تتصل بهذا الشخص بالذات ، فليس لنا أ[ن] نجرده من الظروف الخارجية إذ هى ظروف عامة تتناول جميع الناس . فلا نجرده أولا من ظروف الزمان . فهو يسوق السيارة ليلا . وظرف الزمان هذا ظرف عام خارجى ، لا ينفرد به بل يستوى فيه سائر سائقى السيارات . ولا نجرده ثانياً من ظروف المكان . فهو يسوق السيار[ة] فى المدينة . وظرف المكان هذا هو أيضاً ظرف عام خارجى كظرف الزمان . وهناك ظروف أخرى خارجية عامة قد تحيط بسائق السيارة ، فيجب الاعتداد بها ، وعدم التجرد منها . فهو قد يسوق سيارته فى منعطفات ضيقة ، أو فى شوارع مزدحمة بالناس ، أو على أرض [م]بللة ففى مثل هذه الظروف الخارجية يجب عليه أن يصطنع الحيطة والأناة فى السير . وهو قد يسوق سيارته فى شوارع فسيحة أو فى طرق خالية من الناس ، أو يخترق صحراء فى طري[ق] ممهد. ففى مثل هذه الظروف الخارجية لا ضير عليه إذا هو أسرع .

نستظهر إذن مما قدمناه القاعدة الآتية : إن الشخص العادى ، الذى تجعل سلوكه المألوف مقياساً للخطأ ، يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الذاتية الملابسة لشخص المتعدى دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التى تحيط بالتعدى . وأهم الظروف الخارجية العامة التى لا يجوز التجرد منها هى ظروف الزمان وظروف المكان .

وقبل أن نترك هذا الموضوع ، نعود إلى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفاً داخلية شخصية يجب التجرد منها . وهى ظرف السن ، وظرف الجنس ، وظرف الحالة الاجتماعية فقد أسلفنا أن سائق السيارة ، حتى لو كان صبياً أو امرأة أو ريفياً ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادى المجرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظرفى شأن قيادة السيارة ، حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم [illegible] يصح فى شأن الأعمال التى تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف . [illegible] الصبى الصغير إذا لعب مع رفقائه لا ينبغى أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج فى السن. كذلك المرأة إذا باشرت عملا تباشره النساء عادة ، كالتعليم والتوليد والتمريض [illegible] يقاس سلوكها فيه بسلوك الرجل . والريفى الساذج ، وهو يعيش فى قريته الناية [illegible] المألوفة، لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المثقف . ذلك ان الصبى الصغير فيما يعمل [من] أعمال الصبيان ، والمرأة فيما تباشره من أعمال النساء ، والريفى فيما يسكن إليه [من حياة] قروية ، ينبغى أن يعتبر كل منهم منتمياً إلى طبقة قائمة بذاتها . فيتجرد ، من كل هذه الطبقات الثلاث ، شخص عادى يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذى يطبق

جميع الأفراد التى تنتمى إلى هذه الطبقة . فالمقياس المجرد للصبيان ، **فيما هو من أعمال الصبيان**، صبى مثلهم ، يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بصبى بالذات . والمقياس المجرد للنساء ، **فيما تباشر النساء عادة من أعمال** ، امرأة منهن ومن وسطياتهن تتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المجرد لأهل القرى، **فيما يدخل فى حياتهم الريفية** ، قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بقروى بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل فى أعمال الصبيان، ولا هى من الأعمال التى تباشرها النساء عادة ، وليست محصورة فى أهل القرى. لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة إليها ظروفا داخلية شخصية لا ظروفاً خارجية عامة . ومن ثم يتبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفاً داخلياً بالنسبة إلى شئ معين، ثم ينقلب إلى ظرف خارجى عام بالنسبة إلى شئ آخر . وفى هذه النسبية التى نقول بها ما يجعل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف (١) .

٥٣٠ – عبء الاثبات فى ركن التعدى : والتعدى على الوجه الذى بسطناه ، إذا وقع من شخص فألحق ضرراً بآخر ، كان على المضرور عبء إثبات وقوعه من المتعدى . فإن المسئولية هنا قد ترتبت على عمل شخصى صدر من المسئول ، وقد أسلفنا أن المسئولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يثبت أن المدين قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادى ، فرتبت المسئولية فى ذمته (1) . وهذا هو عين ما قررناه فى المسئولية العقدية . فقد قدمنا أن الدائن فى العقد هو الذى يثبت اخلال المدين بالتزامه العقدى ، كما أن المدين هو الذى يثبت أنه قام بالتزامه (٢) . وهنا ، فى المسئولية التقصيرية ، يثبت الدائن أن المدين قد أخل بالتزامه القانونى ، فلم يصطنع الحيطة

---

(١) ولا يقتصر تطبيق المقياس المجرد على الخطأ غير العمدى (الإهمال أو التقصير) ففى الخطأ العمدى أيضاً يطبق المقياس المجرد . ولا يكفى لتطبيقه أن يقال إن الشخص العادى فى سلوكه المألوف لا يقصد الإضرار بالغير ، فيكون الخطأ العمد انحرافاً عن هذا السلوك المألوف (أنظر مازو ١ فقرة ٤٣٩). ذلك أن من يتعمد الإضرار بالغير لا يكون مخطئاً فى جميع الأحوال . فالتاجر الذى ينافس تاجراً آخر منافسة شريفة لا يكون مسئولا حتى لو تعمد الإضرار بمنافسه . وإنما يكون من يتعمد الإضرار بالغير متعدياً إذا هو انحرف فى سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادى . فها نحن هنا نطبق المقياس المجرد، ولا يثنينا عنه قصد الإضرار بالغير . (قارن الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ٣٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٩ .

(1) أ – النعى بان المطعون عليه – الذى قضى له بالتعويض قبل الطاعن لاغتصابه شقه النزاع ... اذ قرر الحكم المطعون فيه ان هذا الاعتداء يعتبر خطأ [illegible] اصاب صحيح القانون .

(جلسة ١٩٧٨/٣/٢١ الطعن ٢٧٢ لسنة ٤٣ ق)

ب – يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذى نشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطه سببية .

(جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٤٤١)

الواجبة في عدم الإضرار بالغير ، بأن انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادى فألحق الضرر بالدائن[1] .

٥٣١ – حالات ثلاث تجعل التعدى عملا مشروعا : وإذا أثبت الدائن في المسئولية التقصيرية وقوع التعدى من المدين ، رجع عليه بتعويض الضرر الذى أحدثه هذا التعدى. إلا أن المدين يستطيع أن يزيل عن التعدى صفة عدم المشروعية ، فيقلبه إلى عمل مشروع لا يوجب مسئوليته ، إذ هو أثبت أنه وقت أن ارتكب هذا العمل كان فى إحدى حالات ثلاث: حالة الدفاع الشرعى (état de légitime défense) ، أو حالة تنفيذ لأمر صادر من الرئيس (exécution d'un ordre émanant d'un supérieur hiérarchique) ، أو حالة الضرورة (état de nécessité) .

وقد عرض القانون المدنى الجديد لهذه الحالات الثلاث بنصوص صريحة وهى حالات نقلت عن القانون الجنائى ، وتعتبر هناك أسباباً للإباحة نستعرضها هنا فى إيجاز

٥٣٢ – حالة الدفاع الشرعى : نصت المادة ١٦٦ من القانون المدنى الجديد على أنه «من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة»[2] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ولما كان الأصل فى المسئولية التقصيرية بوجه عام أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه ، لذلك ألقى عبء الإثبات فيها على عاتق المضرور ، وهو الدائن . ويراعى أن المشروع لم يبلغ فى هذه الناحية شأو التقنين السوفيتى فى ابتناء تلك المسئولية على أساس الخطأ المفروض . فقد انتهى هذا التقنين ، تفريعا على ذلك ، إلى تقرير قاعدة أخرى بشأن الإثبات . فقضى فى المادة ٤٠٣ بأن (من أضر بالغير فى شخصه أو ماله يلزم بتعويض الضرر. ويبرأ من التزامه هذا إذا أقام الدليل على أنه لم يكن فى مقدوره أن يتقى هذا الضرر، أو أنه كانت له سلطة إحداثه قانونا، أو أنه حدث من جراء سبق إصرار المضرور أو إهماله الفاضح) . ويراعى من ناحية أخرى أن الشقة بين أحكام المشروع وبين المسئولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة لا تزال أبعد مدى، مما يفرق تلك الأحكام عن المسئولية على أساس الخطأ المفروض . ذلك؛ أن الأوضاع الاقتصادية فى البلاد لا تقتضى تطوراً يبلغ فى عمقه مثل هذا المدى . وقصارى ما هنالك أن المشروع قنع بتطبيق المسئولية على أساس الخطأ المفروض فى نطاق الأحكام الخاصة بالمسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء . أما المسئولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة فلا يوجد فى شأنها سوى تشريعات خاصة تناولت تنظيم مسائل بلغت من النضوج ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٥) .

(٢) [illegible] المادة ٢٣٣ [illegible] التمهيدى على الوجه الآتى : «من [illegible] ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى ، سواء تعلق هذا الدفاع به أو بغيره ، كان غير مسئول ، على [illegible] فى ذلك القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة» . وفى لجنة [illegible] تناقش الأعضاء فيما هو الدفاع الشرعى ، واستقر الرأى على أن الدفاع الشرعى هو المحدد [illegible] القانون الجنائى ، وقد أصبح نص المادة النهائى كما يلى : «من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع =

فالدفاع الشرعى عن النفس أو المال يبيح التعدى ويجعله مشروعاً . ولكن يجب فى ذلك توافر الشروط المعروفة للدفاع الشرعى وهى : (أولاً) أن يكون هناك خطر حال على

= شرعى عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة» . وأصبح رقمها ١٧٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح النص ، فى حالة مجاوزة حدود الدفاع الشرعى ، على أن يكون التعويض بقدر المجاوزة ، فأجيب بأن نص المشروع يفيد هذا المعنى ومن المتفق عليه أن التعويض يقتصر على مقدار المجاوزة فى الدفاع ، وقد وافقت اللجنة على هذا التفسير. ثم استعيضت عبارة «فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره» بعبارة «فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله» لإظهار أن الدفاع يشمل المال أيضاً وتمشياً مع الأحكام المقررة فى هذا الشأن فى قانون العقوبات . وأصبح رقم المادة ١٦٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦٩ – ص ٣٧٢) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٧٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

ولا يوجد مقابل لهذا النص فى القانون القديم ، ولكن القاعدة كان معمولا بها ، والقانون الجديد لم يفعل غير أن قنن أحكام القضاء فى ذلك . وورد نصوص فى قانون العقوبات عن الدفاع الشرعى نذكر منها ما يأتى :

م ٢٤٥ عقوبات : «لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله» . (وتراجع المواد من ٢٤٦ إلى ٢٥٠ وقد بينت الظروف التى ينشأ عنها هذا الحق والقيود التى يرتبط بها) .

م ٢٥١ عقوبات : «لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعى أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع . ومع ذلك يجوز للقاضى إذا كان الفعل جناية أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك محلا وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة فى القانون» .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ولمن أحدث الضرر كذلك أن يتنصل من تبعة عمله ويدفع المسئولية عن نفسه .... إذا أثبت توافر سبب من أسباب الإباحة وهى ثلاثة : الدفاع الشرعى ، وصدور أمر من رئيس ، والضرورة . أما حالة الدفاع الشرعى فقد عرفها التقنيان التونسى والمراكشى فى المادتين ١٠٤ – ٩٥ بأنها (حالة يجبر فيها الشخص على العمل لدرء اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله ، أو موجه إلى شخص الغير أو ماله) . فمن يقوم بالدفاع الشرعى فى مثل هذه الحالة ، فيحدث ضرراً للمعتدى ، لا يكون مسئولاً ، ولا يعتبر ما وقع من خطأ يوجب المساءلة . وقد نص التقنين الألمانى صراحة على ذلك ، فقضى فى المادة ٢٢٧ بأن «كل عمل يفرض على الشخص جبراً فى سبيل الدفاع عن النفس لا يعتبر مخالفاً للقانون» . ولم يقتصر القانون البرتغالى على تخويل الشخص حق الدفاع عن نفسه فحسب ، بل جاوز هذه الحدود ، وجعل من ذاك الدفاع واجبا يقع على عاتق من يشهد الاعتداء . وليس هذا الواجب مجرد واجب أدبى، وإنما هو واجب قانونى تترتب عليه تبعات قانونية . وقد نصت المادة ٢٣٦٨ من هذا التقنين على أن «كل من يمتنع عن مقاومة عمل غير مشروع ، وكان لا يعرض نفسه لخطر لو أنه قاومه ، يسأل عن التعويض مسئولية احتياطية» . وبديهى أن المسئولية لا ترتفع فى حالة الدفاع الشرعى إلا إذا كان من ألجئ إليه قد اقتصر على القدر اللازم لدفع الخطر فى غير إفراط . فإذا جاوز هذا القدر اعتبر ما وقع منه من قبيل الخطأ، وقاسم المعتدى بذلك تبعة خطأ مشترك يتردد بينهما . وفى هذه الصورة يقضى للمضرور بتعويض عادل ولكنه تعويض مخفف يقدره الثانى وفقا لقواعد الخطأ المشترك» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨ – ص ٣٧٩) .

نفس الدفاع أو ماله ، أو على نفس الغير أو مال هذا الغير إذا كان عزيزاً عليه إلى در[illegible] كبيرة. (1) ولا يشترط وقوع الاعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفى أن يكون وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . ويترك هذا لتقدير الدافع متى كان هذا التقد[illegible] مبنياً على أسباب معقولة (١) (2) . (ثانياً) أن يكون إيقاع هذا الخطر عملا غير مشروع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط في القانون لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد وق[illegible] اعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتدا[illegible] وتقدير الدافع أن الفعل يستوجب الدفاع يكفى فيه أن يكون مبنياً على أسباب معقولة من شأنها أن تبر[illegible] ذلك . وما دامت العبرة في التقدير بما يراه الدافع في ظروفه التي يكون فيها ، فإن رأى المحكمة وهي تصدر الحكم في الدعوى يجب ألا يحسب له حساب في ذلك . وإذن فقول الحكم بأن المتهم لم يصب لا هو ولا أحد من الأهالي بأية إصابة ، وأن قصد العساكر المجنى عليهم من إطلاق النار وتصويب البندقية إليه كان مجرد التهديد – هذا القول على إطلاقه لا يصلح سبباً لنفى ما تمسك به المتهم من [illegible] كان في حالة دفاع شرعي ، إذ هو لو كان اعتقد في الظروف التي كان فيها أن العيار الذي أطلق كا[illegible] مقصوداً به إصابته أو إصابة أحد ممن كانوا معه بمحل الواقعة لكان اعتقاده له ما يبرره ولكان كافياً في تبرير فعل القتل الذي وقع منه (نقض جنائي في ٢٨ ديسمبر ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٩٨ ص ٣٣١) أنظر أيضاً نقض جنائي في ٥ أبريل سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٨٣ ص ٤٩٣) . وقضت كذلك ب[illegible] إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن المتهم لم يطلق المقذوف الناري الذي أصاب المجنى عليه إلا حين رآه عند الفجر في زراعته يسرق منها فهذا ، متى كانت الإصابة غير مميتة ، مما يسوغ القول بأن المتهم كان في حالة دفاع شرعي عن ماله (نقض جنائي في ١٨ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٤٩ ص ٤٦٠) .

(1) يشترط لنفى المسئولية اعتماداً على حال الدفاع الشرعي أن يكون الاعتداء المراد دفعه حالا أو وشيك الحلول ، وإذن فمتى كان الحكم إذ قرر مسئولية الحكومة ونفى قيام حالة الدفاع الشرعي قد أثبت [illegible] الشرطة ارتكبت خطأ ظاهرا في محاصرة المتظاهرين فوق أحد الكباري وكان من المستحيل عليهم الافلات من القوتين المتقابلتين ، ولم تكن هذه الوسيلة هي الكفيلة بالغرض الذي يجب أن [illegible] الشرطة من تفريقهم وأنه إذا كان قد حصل اعتداء على بعض رجاله فقد كان مقابل [illegible] المتجمهرين الفارين أمام الشرطة وأن الشرطة هي التي كانت البادئة بالاعتداء دون أن يكون [illegible] فإن في هذا الذي قرره الحكم ما يكفى لحمله قضائه في هذا الخصوص .

(جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٠ الطعن ١٦٢ لسنة ٢٢ ق)

(جلسة ١٩٩٢/٣/١٨ الطعن ١٦٧٥ لسنة ٥٥ ق)

(2) أ – من المقرر أنه يكفى لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد صدر فعل يخشى منه [illegible] جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي ولا يلزم في الفعل المتخوف منه أن [illegible] حقيقياً في ذاته بل يكفى أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم وتصوره بشرط أن يكون هذا [illegible] القصور مبنياً على اسباب معقولة وتقدير ظروف الدفاع الشرعي ومقتضياته أمر اعتبار[illegible] الحالة النفسية التي تخالط ذات الشخص الذي يفاجأ بفعل الاعتداء فيجعله في ظروف [illegible] تتطلب منه معالجة موقفه على الفور والخروج من مأزقه مما لا يصح معه محاسبته [illegible] التفكير الهادئ المتزن الذي كان يتعذر عليه وقتئذ وهو محفوف بهذه المخاطر والملابسات [illegible]

(جلسة ١٩٧٦/١٠/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٦٩٨)

(جلسة ١٩٦٩/٦/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٩٦٠)

فليس لمن ألقى القبض عليه بطريق قانوني أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعي . (ثالثاً) أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط . فإن جاوز الشخص حدود الدفاع الشرعي كان متعدياً (1) ، وثبت في جانبه الخطأ . ولكن هذا الخطأ من جانب المعتدى عليه يقابله خطأ من جانب المعتدى ، فتكون مسئولية من جاوز حدود الدفاع الشرعي مسئولية مخففة ، والتعويض الذي يدفعه «تراعى فيه مقتضيات العدالة» كما يقضي النص ، وذلك طبقاً لقواعد المسئولية عن الخطأ المشترك ، وسيرد ذكر ذلك .

ومتى توافرت شروط الدفاع الشرعي ، كان دفع الاعتداء باعتداء مثله لا يعتبر تعدياً، بل هو عمل مشروع لا تترتب عليه المسئولية (2) . ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . ويمكن تخريج هذا الحكم على أحد وجهين :

(الوجه الأول) أن دفع الاعتداء إذا اعتبر تعدياً فثبت الخطأ في جانب المعتدى عليه ، فإنه يبقى بعد ذلك ان هذا الخطأ قابله من جانب المعتدى خطأ أكبر منه ، إذ كان هو البادئ. والقواعد المعروفة في نظرية الخطأ المشترك تجعل الخطأ الأكبر يستغرق الخطأ الأصغر . ولكن تخريج الحكم على هذا الوجه لا ينفي التعدى في جانب المعتدى عليه ، إذ يعتبر دفعه للاعتداء خطأ وإن استغرقه خطأ أكبر منه .

(الوجه الثاني) ان دفع الاعتداء لا يعتبر تعدياً ، وليس هو بخطأ أصغر استغرقه خطأ أكبر منه . بل هو عمل مباح مشروع . وتطبيق المقياس المجرد الذي يقاس به ركن التعدى يؤدى

= ب – العبرة في تقدير قيام حالة الدفاع الشرعي ومقتضياته هي بما يراه المدافع في الظروف المحيطة، بشرط أن يكون تقديره مبنياً على اسباب معقولة تبرره .

(جلسة ١٩٧٦/٥/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٤٨٢) .

(جلسة ١٩٧٤/٢/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١٦٤)

جـ – امكان الرجوع إلى السلطة العامة للاستعانة بها في المحافظة على الحق لا يصلح على اطلاقه سببا لنفى قيام حالة الدفاع الشرعي بل ان الأمر في هذه الحالة يتطلب ان يكون هناك من ظروف الزمن وغيره ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الاعتداء بالفعل ، والقول بغير ذلك مؤد إلى تعطيل النص الصريح الذي يخول حق الدفاع لرد اتصال التعدى على المال تعطيلاً تاما .

(جلسة ١٩٦٨/٥/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٧٦٥)

(جلسة ١٩٦٣/٤/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٣٢٢)

(1) متى ثبت أن المتهم قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي فأنه يكون مسئولا عن تعويض الضرر الناشئ عن جريمته ويكون الحكم عليه بالتعويض صحيحاً في القانون .

(جلسة ١٩٥٩/٤/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٤١٥)

(2) التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعي يجب حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه أن يكون جديا وصريحا أو أن تكون الواقعة كما اثبتها الحكم ترشح لقيام هذه الحالة .

(جلسة ١٩٦٤/١٠/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٦١٥)

إلى هذه النتيجة . فما هو السلوك المألوف للشخص العادى إذا دهمه خطر؟ إنه يدفع دون شك هذا الخطر بما وسعه من جهد ، مراعياً فى ذلك تناسباً معقولا بين الخطر الذى يتهدده والوسيلة التى يدفع بها الاعتداء . فإذا لم ينحرف المعتدى عليه عن هذا السلوك لم يكن متعدياً . أما إذا انحرف عنه ، بأن لم يراع التناسب المعقول بين الخطر والوسيلة لدفعه ، اعتبر عمله تعدياً يخفف منه الاعتداء الذى بودئ به طبقاً لقواعد الخطأ المشترك .

ونحن نؤثر هذا التخريج ، لأنه هو الذى يتمشى مع المقياس المجرد لركن التعدى على النحو الذى أسلفناه (١) .

٥٣٣ – حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس : نصت المادة ١٦٧ من القانون المدنى الجديد على أنه «لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة ، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة» (٢)

---

(١) أنظر مازو ١ فقرة ٤٨٩ – هذا ولو أخذنا بالتخريج الأول ، واعتبرنا دفع الاعتداء خطأ استغرقه خطأ أكبر ، لتعذر تبرير الإعفاء من المسئولية التقصيرية فى حالة الضرورة ، ولكان العمل الضار الذى يقع فى هذه الحالة خطأ قائماً لم يقابله خطأ يستغرقه من جانب المضرور (أنظر فقرة ٥٣٤ فيما يلى) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١– لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير ، إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس تجب عليه طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبه له . ٢ – وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى قام به ، بأن يقيم الدليل على أنه راعى فى ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة» . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة «من رئيس تجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له» بعبارة «من رئيس نظامى متى كان إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة» ، وذلك لأن الرئيس ليس هو الذى تجب طاعته ، بل الأمر الذى صدر من هذا الرئيس الذى تجب له الطاعة . وأصبح رقم المادة ١٧١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت كلمة «نظامى» لأنها تزيد ، وأدمجت الفقرة الثانية فى الفقرة الأولى بعد أن عدلت على الوجه الآتى : «وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة» ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة» . وتوخت اللجنة فى التعديل ألا تفصل بين شقى الحكم فصلا يثير فى الذهن أن الأمر لا يعدو عبء الإثبات كما كان يفهم ذلك من النص قبل التعديل ، فالواقع أن المسئولية لا ترتفع إلا إذا توافرت جميع العناصر التى يتضمنها النص» . وأصبح رقم المادة ١٦٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٣ – ص ٣٧٦) .

ولم يشتمل القانون المدنى القديم على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء كان يسير على هذا الحكم لانطباقه على القواعد العامة (أنظر استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨م ١٠ ص ١٧٤ – وفى ٢١ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١) .

ويشتمل قانون العقوبات على نص يقابل نص القانون المدنى الجديد، هو المادة ٦٣ ، وتجرى على الوجه الآتى :

فإطاعة أمر صادر من الرئيس يجعل التعدى عملا مشروعا بشروط ثلاثة : (أولا) أن يكون من صدر منه العمل موظفاً عاماً (١) . (ثانيا) أن يكون قد صدر أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس ، ولو غير مباشر ، طاعته واجبة عليه . وليس يكفى أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة – وهذا ما كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يكتفى به – بل يجب إلى ذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر ذاته الذى صدر إليه من الرئيس واجبة . فقد يصدر رئيس واجب طاعته إلى مرؤوسه أمراً غير واجب الطاعة ، فلا يجوز للمرؤوس فى هذه أن ينفذ هذا الأمر غير المشروع (1) ، وإلا كان تعدياً تترتب عليه مسئولية الموظف . مثل ذلك أن يصدر مأمور المركز أمراً لأحد الضباط بالقبض على متهم وحبسه دون أن يستصدر بذلك أمراً من

= «لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية : (أولا) إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة . (ثانيا) إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه . وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة» .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وترتفع المسئولية كذلك إذا كان العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى لانتفاء الخطأ فى هذه الصورة . ويشترط لإعمال هذا الحكم شرطان . فيجب أولا أن يكون محدث الضرر موظفاً عاما . ويجب ثانياً أن يكون العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى ولو لم يكن الرئيس المباشر . وعلى من أحدث الضرر أن يقيم الدليل ، لا على اعتقاده وجوب طاعة هذا الرئيس فحسب (وقد رأينا أن المشروع النهائى جعل الطاعة واجبة أيضاً للأمر الصادر من الرئيس) ، بل وكذلك على اعتقاده وجوب تنفيذ الأمر الصادر منه ، وعليه كذلك أن يقيم الدليل على أن اعتقاده هذا كان مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى جانب الحيطة فيما وقع منه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٩) .

(١) ولما كان القانون المدنى القديم لم يشتمل على نص فى هذه المسألة كما قدمنا ، فقد كان القضاء لا يجعل صفة الموظف العام أمراً ضرورياً (استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧٤) – محكمة مصر المختلطة فى ٩ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ رقم ١٨ ص ٢٤) . وكان يبحث هل الوكيل يكون مسئولا شخصياً وهو ينفذ تعليمات موكه (استئناف مختلط فى ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٢ – وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٩) ، وهل مدير الشركة يكون مسئولا شخصياً وهو ينفذ قرارات مجلس الإدارة (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٩) ، فكان يقضى بأن هؤلاء يكونون مسئولين متى كانوا يعلمون أن العمل الذى ينفذونه هو عمل غير مشروع.

(1) لما كان من المقرر ان طاعة المرؤوس لا تمتد بأى حال إلى ارتكاب الجرائم وأنه ليس على مرؤوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه ، ومن ثم فان ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن لا يعدو أن دفاعا ظاهر البطلان مما لا يستأهل من المحكمة رداً .
(جلسة ١٩٦٩/١/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٢٤)
(جلسة ١٩٧٢/١١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢١٦)

النيابة العامة . (ثالثاً) أن يثبت الموظف أمرين : أولهما أنه كان يعتقد مشروعية الأمر هذه وأن هذا الاعتقاد مبنى على أسباب معقولة لا على مجرد الظن [(1)] . والثانى أنه في عمله جانب الحيطة ، فلم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحرى .

بهذه الشروط وفى هذه الحدود يكون تنفيذ الموظف لأمر غير مشروع عملا مشروعاً وجب مسئوليته [(1)] ، وإن كان يوجب بطبيعة الحال مسئولية الرئيس الآمر . وهذا الحكم يمكن تخريجه أيضاً بتطبيق المقياس المجرد ، مقياس السلوك المألوف من الشخص العادى الشخص العادى إذا وجد فى الظروف التى حددتها الشروط المشار إليها لا يجد بداً من تنفيذ أمر رئيسه ، فالموظف إذن لم ينحرف عن هذا السلوك المألوف ، فلا يكون متعدياً ولا تتحقق مسئوليته [(2)] .

وما يقال فى إطاعة أمر الرئيس يقال أيضاً فى إطاعة أمر القانون . فيكفى أن يثبت الموظف العام قد اعتقد بحسن نية أنه قام بالعمل تنفيذا لما أمرت به القوانين أو لما اعتقد إجراءه داخل في اختصاصه ، وأن يثبت أن اعتقاده هذا مبنى على أسباب معقولة وأنه لم يقدم على العمل إلا بعد التثبت والتحرى ، حتى يكون عمله مشروعاً لأنه لم ينحرف عن السلوك المألوف للرجل العادى [(3)] .

٥٣٤ – حالة الضرورة : نصت المادة ١٦٨ من القانون المدنى الجديد على أن «من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر ، محدقاً به أو بغيره ، لا يكون

---

(١) وظاهر أنه لو اتضح أن الموظف العام كان يعلم عدم مشروعية العمل الذى ارتكبه ، فإن يكون (استئناف مختلط فى ٢١ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٤٩٧ .

(٣) أنظر المادة ٦٣ من قانون العقوبات الفقرة (ثانيا) – وانظر فى الموضوع : استئناف مختلط ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٦ .

هذا وإذا كان الأمر الصادر من رئيس إدارى يجعل العمل مشروعا، فإن الترخيص الإدارى من المسئولية المدنية . فإذا حصل صاحب المصنع على رخصة بإدارة مصنعه بعد استيفائه الشروط فإن يبقى مسئولا إذا أضر الغير بخطئه ، ولا يستطيع أن يدفع مسئوليته بأنه حصل على ترخيص المصنع واستوفى الشروط التى تطلبتها الإدارة (مازو ١ فقرة ٤٩٨) .

(1) من المقرر أن اطاعة المرؤوس لرئيسه لا تكون فى أمر من الأمور التى يحرمها القانون ، وقد أساساً فى المادة ٦٣ من قانون العقوبات لمنع مسئولية الموظف الجنائية – أن يكون فيما قام النية، وأنه قام أيضاً بما ينبغى له من وسائل التثبت والتحرى وانه كان يعتقد مشروعية الفعل اطاعة لأمر رئيسه وان اعتقاده كان مبنيا على اسباب معقولة .

(جلسة ١٩٦٤/٤/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٣١٤)

إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً» [(1)] .

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٢٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «من سبب ضرراً للغير ، وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيراً على الضرر الذى سببه ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً» . وأقرت لجنة المراجعة هذا النص ، وأصبح رقمه المادة ١٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدل النص حتى أصبح مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد، وأصبح رقمه المادة ١٦٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٧ – ص ٣٨١) . وانظر أيضا فى هذه المسألة المادة ٧٧ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ٢٢٨ من القانون الألمانى ، والمادة ٥٢ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٣٠ من القانون البولونى .

ولم يشتمل القانون المدنى القديم على نص يقابل هذا النص فى القانون المدنى الجديد . ولكن قانون العقوبات تضمن النص الآتى :

م ٦١ عقوبات : «لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ، ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى» .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويراعى أخيراً أن حالة الضرورة قد تستتبع التخفيف من المسئولية أو نفيها. فهى تؤدى إلى التخفيف إذا لم يكن للمضرور نصيب فى قيامها . ويظل محدث الضرر مسئولا فى هذه الحالة ، ولكنه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً ، باعتبار أنه ألجئ إلى ارتكاب العمل الضار وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق أشد خطراً . فهو من هذه الناحية أيسر تبعة وأخف وزراً . أما الغير الذى وقع الضرر وقاية له فيكون مسئولاً قبل محدث الضرر أى قبل المضرور وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . وينبغى التحرز ، فى هذا المقام ، فى التفريق بين حالة الضرورة وبين القوة القاهرة من ناحية ، وبين هذه الحالة وحالة الدفاع الشرعى من ناحية أخرى . ففى حالة الضرورة يكون لمحدث الضرر مندوحة عن إحداثه لو أنه وطن نفسه على تحمل الضرر الذى كان يتهدده . أما القوة القاهرة فهى على النقيض من ذلك تلجئ إلى الإضرار إلجاء لا قبل للفاعل بدفعه . ثم إن الخطر الداهم الذى يقصد إلى توقيه فى حالة الضرورة لا يكون للمضرور يد فى إحداثه . ويختلف عن ذلك وضع المضرور فى حالة الدفاع الشرعى ، فهو بذاته محدث ذلك الخطر . ويتفرع على ما تقدم أن حالة الضرورة قد تختلط بحالة الدفاع الشرعى إذا كان العمل الضار لم يدفع إليه خطر خارجى ، وإنما استلزمه خطر صادر من المضرور نفسه . ففى مثل هذه الحالة تنتفى المسئولية بتاتاً ، ويكون للضرورة حكم الدفاع الشرعى من هذا الوجه . وقد لمح التقنين الألمانى هذه التفرقة ، فنص فى المادة ٢٢٨ على أن (كل من أتلف أو خرب شيئاً مملوكا للغير لدرء خطر يتهدده أو يتهدد غيره من جراء هذا الشئ لا يعد بذلك مخالفاً للقانون ، متى كان الإتلاف أو التخريب قد استلزمه دفع الخطر وكان الضرر متناسباً مع هذا الخطر . فإذا كان الفاعل قد أحدث الخطر بفعله سئل عن تعويض الضرر) . وقد اتبع التقنين البولونى هذه التفرقة نفسها مع اختلاف فى التعبير ، فنص فى المادة ١٤٠ على أن (كل من خرب أو أتلف شيئاً مملوكا للغير ، أو قتل أو جرح حيواناً مملوكا للغير، وقاية لنفسه أو لغيره من خطر يتهدده أو يتهدد هذا الغير مباشرة من جراء هذا الشئ أو ذاك الحيوان لا يسأل عما يحدث من ضرر ، إذا كان لم يستجلب هذا الخطر ، وكان الفعل الذى ترتب عليه الضرر لازما) . ويلاحظ أن التقنين المتقدم ذكرهما يفرقان بين حالة إحداث الخطر من جراء شئ يملكه المضرور وبين حالة إحداث الخطر بخطأ من وقع الضرر منه . ففى الحالة الأولى تنتفى المسئولية بتاتاً، فى حين أنها تظل فى الحالة الثانية كاملة غير منقوصة . على أن المشروع قد عرض لحالة أدق من =

فالشروط التي يتطلبها النص حتى تتحقق حالة الضرورة هي : (أولاً) أن يكون الشخص الذى سبب الضرر ، هو أو غيره ، مهدداً بخطر حال . ولا فرق بين خطر يهدد النفس وخطر يهدد المال من حيث المسئولية المدنية . أما المسئولية الجنائية فلا ترتفع إلا إذا كان الخطر يهدد النفس (م ٦١ عقوبات) (1) . (ثانياً) أن يكون هذا الخطر الحال مصدره أجنبي ، فلا يد فيه لمن سبب الضرر ولا لمن وقع عليه الضرر . فإذا كان الخطر مصدره من سبب الضرر فإن إلحاقه الضرر بالغير لكي يتقى خطراً هو الذى جلبه على نفسه يعتبر تعدياً يوجب مسئوليته كاملة . وإذا كان الخطر مصدره هو من وقع عليه الضرر ، فإن دفع الخطر ولو بألحاق ضرر بمن كان مصدراً لهذا الخطر يعتبر دفاعاً شرعياً يعفى من المسئولية أصلا . (ثالثاً) أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع. ونرى هنا وجوب التمييز بين فروض أربعة : الفرض الأول أن يكون الضرر الذى وقع لا يعد شيئاً مذكوراً بجانب الخطر المراد تفاديه . فالشخص الذى يخشى الغرق لا يحجم عن إتلاف مال زهيد القيمة ، كأن يقتلع شجرة مملوكة للغير يمسك بها حتى ينقذ نفسه من الغرق. فإذا ارتفع الخطر إلى هذا الحد من الجسامة ، ونزل الضرر إلى هذا الحد من التفاهة، أمكن القول إن الخطر هنا يعد قوة قاهرة تنفى المسئولية بتاتاً ، فلا يرجع صاحب الشجرة بدعوى المسئولية التقصيرية ، وكل ما يرجع به هو دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها. والفرض الثاني أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع ، وهذا هو الفرض المألوف في حالة الضرورة . فالشخص الذى يستولى على دواء لا يملكه ، يعالج به نفسه من مرض دهمه ، يتفادى خطر المرض ، وهو فى العادة أشد بكثير من الخسارة التى تصيب صاحب الدواء . ولم يبلغ الخطر منزلة القوة القاهرة – ومن ثم وجب التفريق بين القوة القاهرة وحالة الضرورة – ولكن المريض الذى استولى على الدواء يعتبر فى حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسئولية التقصيرية ، وإن كانت لا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى

= الحالتين السابقتين ، فواجه صورة من صور الخطر تنجم عن ظروف خارجية لا يكون لمحدث الضرر أو المضرور يد فيها ، وقضى بتخفيف المسئولية فى هذه الصورة عوضاً عن الإبقاء عليها أو نفيها فى جملتها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٩ – ص ٣٨٠).

أنظر فى حالة الضرورة : مازو ١ فقرة ٤٩٢ – فقرة ٤٩٥ – ديموج ٣ فقرة ٢٤٠ و ٦ فقرة ٦٢٨ وما بعدها – سافاتييه ١ فقرة ٩٨ وما بعدها ، وكذلك مقالا له نشر فى مجموعة من الدراسات فى القانون المدنى لذكرى كابيتان ص ٧٢٩ وما بعدها – ريبير فى القاعدة الأدبية فى الالتزامات المدنية فقرة ٤٦ – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٦٧ – لالو فقرة ٣٠٢ وما بعدها – لالمان (Lallement) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ – أبوف (Aboaf) رسالة من باريس سنة ١٩٤١ – ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

(1) من المقرر أن حالة الضرورة لا تتوافر إلا إذا وجد خطر يهدد النفس ولا تتوافر إذا كان الخطر يهدد المال فحسب .

(جلسة ١٩٧٤/٢/١١ مجموعة أحكام النقض الجنائى السنة ٢٥ ص ١١٩)

(جلسة ١٩٧٣/٣/٢٧ مجموعة أحكام النقض الجنائى السنة ٢٣ ص ٤٧٩).

الإثراء بلا سبب . والفرض الثالث أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذى وقع ، ولكنه لم يبلغ حد القوة القاهرة ولا حد الضرورة الملحة . فالشخص الذى يتلف مالا للغير ذا قيمة لا يستهان بها ، ليطفئ حريقاً شبت فى داره ، لا يعفى من المسئولية التقصيرية جملة واحدة . وتقدر الضرورة بقدرها ، فيلزمه القاضى بتعويض مناسب ، أى بتعويض مخفف ، عن المسئولية التقصيرية – وهذا ما يقضى به النص صراحة – إلى جانب رجوع صاحب المال عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الرابع أن يكون الخطر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذى وقع ، أو دونه فى الجسامة . وفى هذه الحالة لا يجوز لشخص أن يلحق بغيره ضرراً ليتفادى خطراً لا يزيد على هذا الضرر ، ومن فعل ذلك كان متعدياً ، وتحققت مسئوليته التقصيرية كاملة (١)(1) . ونحن فى التمييز ما بين هذه الفروض الأربعة إنما نقيس المسئولية بمقياسها المجرد ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى ، فحيث وقع انحراف عن هذا السلوك قامت المسئولية .

ولم يقع انحراف فى الفرضين الأول والثانى ، لذلك لم تقم المسئولية . ووقع انحراف فى الفرض الثالث ، ولكن خفف منه قيام الضرورة ، فجاء النص مخففاً للمسئولية . ووقع الانحراف كاملاً فى الفرض الرابع ، لم يخف منه ضرورة تبرره ، فكانت المسئولية من أجل ذلك مسئولية كاملة (٢) (2) .

(١) نقض أول فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٨ ص ٩٦٣ – وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ ص ٤٦٨ .

(1) كما كان الأصل فى القانون أن حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لارادته دخل فى حلوله ، وكان قصارى ما أورده الدفاع عن الطاعن تبريرا لقيام حالة الضرورة أنه كان فى حالة فقر اثناء وجوده بالاردن ، وكان الفقر بمجرده لا يتحقق به حال الضرورة ما لم يقترن بالخطر الجسيم وبشرط ألا يكون لإرادته دخل فى حلوله وهو ما لم يدعه الطاعن فلا يعيب الحكم أن يلتفت عنه لأنه دفاع ظاهر البطلان بعيد عن محجة الصواب .

(جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠ الطعن ٣٣٩٠ لسنة ٥٥ ق جنائى س ٣٦ ص ٩٥٧)

(٢) بقيت مسألة أخيرة فى ركن التعدى ، هى المقارنة ما بين وضعين لا تتحقق المسئولية فى أى منهما مع أنهما وضعان مختلفان . فهناك وضع لم يقم فيه ركن التعدى فتنتفى الخطأ ، ووضع انتفت فيه علاقة السببية لقيام السبب الأجنبى . ويخطئ من يظن أن هذين الوضعين متماثلان . لا شك فى أن قيام السبب الأجنبى تنتفى به المسئولية ، فلا محل عندئذ للبحث عما إذا كان هناك خطأ ، فهو حتى إذا كان موجوداً لا تتحقق به المسئولية . ولكن العكس غير صحيح . فإن السبب الأجنبى إذا لم يقم ، بقى محل للبحث هل الخطأ منتف أو موجود .

وتظهر الأهمية العملية لما تقرره فى حالة ما إذا كان الخطأ مفروضا فرضاً قابلا لإثبات العكس، كما فى مسئولية من تولى الرقابة على الغير . فإن المسئول فى هذه الحالة لا يطلب منه إثبات السبب الأجنبى (cause étrangère) ، بل يكفى أن يثبت انتفاء الخطأ (absence de la faute) . وهذه مرحلة أيسر فى الإثبات إذ يستطيع من فرض فى جانبه الخطأ أن يثبت أن الطريق الذى سلكه لم ينحرف فيه عن الطريق المألوف الذى يسلكه الشخص العادى، وبذلك ينتفي الخطأ . أما من يثبت السبب =

٢ – الركن المعنوى : الإدراك

٥٣٥ – مناط المسئولية التمييز : الإدراك هو الركن المعنوى فى الخطأ . فلا يكفى ركن التعدى ليقوم الخطأ ، بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمال التعدى مدركاً لها . ولا مسئولية دون تمييز . فالصبى غير المميز ، والمجنون ، والمعتوه عتهاً تاماً ، ومن فقد رشده لسبب عارض كالسكر والغيبوبة والمرض، والمنوم تنويماً مغنطيسياً ، والمصاب بمرض النوم، كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم .

وهذه مسألة كاد الإجماع ينعقد عليها منذ تقررت فى القانون الرومانى ، وانتقلت منه إلى العصور الوسطى ، ومن هذه إلى العصور الحديثة . واعتبر سقوط المسئولية عن عديم التمييز من الناحيتين الجنائية والمدنية معاً خطوة خطاها القانون إلى الأمام .

٥٣٦ – ركن الإدراك ينفى الخطأ عن عديم التمييز : ولكن تيار النظرية المادية فى المسئولية التقصيرية ، وهى النظرية التى تبنى المسئولية على تحمل التبعة لا على الخطأ، بدأ فى العهد الأخير يعيد إلى ميدان البحث مسئولية عديم التمييز . فأنصار النظرية المادية يقولون بالمسئولية حتى إذا انعدم التمييز ، فغير المميز إذا لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ يستطيع إحداث الضرر . والمسئولية عندهم إنما تقوم على الضرر . ونعوا على المتمسكين بالخطأ أساساً للمسئولية أن منطقهم يستلزم عدم المساءلة إذا انعدم التميز ، وأشاروا إلى حالات يكون من القسوة فيها ألا يعوض عديم التمييز إذا كان واسع الثراء ما أحدثه من ضرر جسيم لفقير معدم. فعمد بعض أنصار المسئولية المبنية على الخطأ إلى تعديل موقفهم من عديم التمييز. ورأوا فى المقياس المجرد الذى اتخذوه معياراً للتعدى ما ظنوه يعينهم على القول بمسئولية عديم التمييز فى نطاق الخطأ . فقالوا إن عديم التمييز ليس قادراً فحسب على إحداث الضرر، بل هو أيضاً قادر على ارتكاب الخطأ . إذ الخطأ عندهم له ركن واحد هو التعدى . والتعدى له هذا المقياس المجرد الذى سبق بيانه . وعديم التمييز ، صغيراً غير مميز كان أو مجنوناً أو معتوهاً أو غير ذلك ، إذا قيس سلوكه بالسلوك المألوف للشخص العادى، بدا انحرافه ، ووضح شذوذه. ولم يدع مجالا للقول بأنه يتصرف تصرف المميزين . فهو إذا صدر منه عمل يضر

= الأجنبى فإنه يثبت أن الطريق الذى سلكه هو الطريق الوحيد الذى كان يتحتم عليه أن يسلكه. والفرق ظاهر بين الوضعين .

فانتفاء الخطأ هو إذن مرحلة وسطى بين مرحلتين : وقوع الخطأ وقيام السبب الأجنبى (أنظر مازو ١ فقرة ٦٢٤ – فقرة ٦٣٣) .

(2) الاصل أن حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة [illegible] نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لارادته دخل [illegible] حلوله، فليس للمرء أن يرتكب أمرا محرما ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاه مما ارتكبه .
(جلسة ١٩٦٩/١/٦ مجموعة أحكام النقض الجنائى السنة ٢٠ ص ٢٤)

بالغير ، كان العمل تعدياً يستوجب المساءلة . أما انعدام التمييز فهو ظرف داخلى شخصى لا يجوز أن يقوم له اعتبار . وقد تقدم أنه يجب تجريد الشخص العادى الذى جعل مقياساً للتعدى من جميع الظروف الداخلية الشخصية .

ونبادر إلى القول أنه حتى لو قيل إن الخطأ ليس له إلا ركن واحد هو ركن التعدى، فإن المقياس المجرد لهذا الركن لا يسعف فى نظرنا القائلين بمسئولية عديم التمييز . فقد قدمنا أنه لا يصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفاً داخلياً خاصاً بكل فرد من أفراد هذه الطائفة ، عند تقدير ما يصدر عادة عن هذه الطائفة من أعمال . فالصبية والنساء والريفيون مقياسهم المجرد ، فى الأعمال التى تصدر منهم فى العادة ، لا يتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية . ومقياس كل طائفة من هؤلاء شخص من أوسطهم ينتمى إلى الطائفة بالذات ، فلا يتجرد من المميز العام لهذه الطائفة ، وإن تجرد من الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بفرد منها بعينه . كذلك عديمو التمييز هم أيضا طائفة من الناس تشترك فى مميز عام هو انعدام التمييز ، فلا يجوز أن يتجرد مقياسهم من هذا المميز فى تقدير الأعمال التى تصدر منهم فى العادة . ولما كان عديمو التمييز لا يتصور فيهم أن يتصرفوا تصرف المميزين ، فإن كل عمل يصدر منهم ، مهما كان غريباً شاذاً ، يدخل ضمن أعمالهم المعتادة ، ويجب ألا يتجرد المقياس فيه من عامل انعدام التمييز (١) . فإذا قيس سلوكهم فى أى عمل يصدر منهم إلى السلوك المألوف من شخص عديم التمييز ، فإن هذا السلوك لا ينحرف عن مقياسه ، ولا يعتبر تعدياً . وعلى هذا الوجه يكون عديم التميز غير مسئول .

هذا كله لو قيل إن الخطأ لا ينطوى إلا على ركن التعدى . والصحيح فى نظرنا أن للخطأ ركناً آخر هو ركن الإدراك . ولا تزال المسئولية المدنية ، مهما جردناها من العوامل الأدبية ، مرتبطة بهذا العامل الأدبى لا يجوز أن تنفك عنه . فهى تقوم على التمييز. والشخص الذى لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا تجوز مساءلته لا أدبياً ولا جنائياً ولا مدنياً ، ما دامت المسئولية تقوم على الخطأ . وهذا هو فضل النظرية الشخصية . فهى تربط المسئولية بالخطأ ، وتربط الخطأ بالتمييز ، فتشيع فى المسئولية عاملاً أدبياً لا يجوز الاستغناء عنه، إذ هو عنصر ذاتى يخفف من حدة العنصر الموضوعى الذى يهيمن على مقياس الشخص المجرد (٢) .

(١) فالمجانين مقياسهم المجرد ، فيما هو من أعمال المجانين ، مجنون منهم تقاس تصرفاتهم إلى تصرفاته . ويلاحظ أن كل عمل يصدر من المجنون يعتبر من أعمال المجانين ، وأن المجانين سواسية فى انعدام التمييز ، فأى مجنون يصلح أن يكون هو المقياس المجرد .

(٢) أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٦٨ – كولان وكابيتان ص ٢٢٢ – ص ٢٢٤ – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٤٩٨ – الموجز للمؤلف ص ٣٢٥ – ص ٣٢٧ – مصطفى مرعى بك ص ٤٩ – ص ٥٢ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٣١١ – ص ٣١٣ – أنظر عكس ذلك =

ويبقى أخيراً أن نلاحظ أن التمييز فى المسئولية التقصيرية لا يكيف على أنه أهلية يجب توفرها . كالأهلية فى العقد ، إنما التمييز هو ركن الإدراك فى الخطأ . وبدونه لا يكون التعدى خطأ . وقد سبق ذكر ذلك عن الكلام فى الأهلية .

نستعرض الآن ركن الإدراك فى الشخص الطبيعى ، ثم فى الشخص المعنوى .

أ – الشخص الطبيعى :

٥٣٧ – النصوص القانونية : نصت المادة ١٦٤ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

«١ – يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز» .

«٢ – ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعياً فى ذلك مركز الخصوم»(1) .

= مازو ١ فقرة ٤٥٦ وما بعدها – الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار ص ٣٥ – ص ٣٧ – ومع ذلك أنظر ص ٦٤ الدكتور عبدالمعطى خيال بك مذكرات غير مطبوعة مشار إليها فى مؤلف حشمت بك ص ٣١٢ .

هذا وقد بينا ما ينطوى عليه مقياس الشخص المجرد من تسليم جزئى بتحمل التبعة ، فلو قلنا بمسائلة عديم التمييز ، لسلمنا بالنسبة إليه بنظرية تحمل التبعة تسليما كاملاً .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١– يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ، حتى لو لم يكن أهلا للتعاقد. ٢– إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، وتعذر رجوع المصاب بالتعويض على من نيطت به الرقابة على هذا الشخص . جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً فى ذلك مركز الخصوم. ٣– إذا أحدث شخص ضرراً فى وقت فقد فيه التمييز التزم بتعويض الضرر ، ما لم يثبت أنه كان فقد التمييز بغير خطأ منه» . وفى لجنة المراجعة اقترحت تعديلات لفظية ، واقترح أيضاً تعديل عبارة «تعذر الرجوع على المسئول» بعبارة تعذر الحصول على تعويض من المسئول » حتى يتبين بوضوح أن الحكم ينصب على جواز الرجوع قانوناً وعلى إمكان الحصول على التعويض فعلا . ونوقشت الفقرة الأخيرة من المادة ، ورؤى بعد المناقشة أن تحذف هذه الفقرة لعدم الحاجة إليها ، ولأنها لو أقرت لوجب البحث فى الحالة التى يفقد الشخص التمييز فيها بغير خطأ منه فيما إذا كان هذا الشخص يبقى مسئولا بمقتضى الفقرة الثانية ، وقد رأت اللجنة أن المسئولية تبقى فى هذه الحالة ولكن كل ذلك يستفاد من تطبيق القواعد العامة فلا حاجة إلى هذه الفقرة الأخيرة . وقد أصبح نص المادة بعد هذه التعديلات كالآتى : «١– يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ولو لم يكن أهلا للالتزام بالعقد. ٢– ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولو لم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً فى ذلك مركز الخصوم» . وأصبح رقم المادة ١٦٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة «ولو لم يكن

٥٣٨ – التمييز ضرورى وهو فى الوقت ذاته يكفى – عديمو التمييز : فالأصل إذن أن الشخص ، حتى يكون مسئولا مسئولية تقصيرية ، يجب أن يكون مميزاً. والتمييز ضرورى،

= للالتزام بالعقد» لأنها تزيد لا تقتضيه ضرورة (المؤلف : ويمكن القول بأن فى هذا الحذف تجنباً للخلط بين الأهلية وركن الإدراك فى الضرر) . ووافقت اللجنة على الفقرة الثانية ولو أن حكمها مخالف للقواعد المعمول بها ، وإنما تقضى به العدالة ، وله سند من الشريعة الإسلامية . إذ جاء فى المادة ٩١٦ من المجلة ما يأتى : «وإذا أتلف صبى مال غيره فيلزم الضمان من ماله ، فإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ، ولا يضمن وليه» . ولما اعترض فى اللجنة على التعبير «بتعوض عادل» أجيب على هذا الاعتراض بأن مبدأ مسئولية الصبى غير المميز مأخوذ من الشريعة الإسلامية ،وهو فى الواقع مبدأ جديد على القانون المدنى ، والتعويض العادل أريد به أن يكون أقل من التعويض العادى وأن تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى فى التعويض العادى . فوافقت اللجنة على إبقاء التعبير كما هو . وأصبح رقم المادة ١٦٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٦ – ص ٣٦١) .

وفى القانون المدنى القديم نصت المادة ٢١٢ من القانون المختلط على ما يأتى : «كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أو لأى سبب آخر» .

أنظر أيضاً المادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسرى والمادتين ١٣٨ و ١٤٣ من قانون الالتزامات البولونى والمادة ١٢٢ الفقرتين الثانية والثالثة من القانون اللبنانى .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «جعل التمييز مناطاً للأهلية (المؤلف : وقد بينا عدم الدقة فى هذا القول) فى المسئولية التقصيرية ، فمتى كان الشخص قادراً على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه ، فمرجع الأمر فى هذا الشأن فكرة ذاتية أو شخصية يناط بها الحكم ولو وقع العمل الضار بعد فقد التمييز بصورة موقوتة متى كان هذا الفقد راجعاً إلى خطأ الفاعل، ويتعين على محدث الضرر ، إزاء ذلك ، أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بغير خطأ منه إذا أراد أن يدفع المسئولية عن نفسه . فالخطأ يفترض فى هذه الحالة ، والضرر لا يأتى إلا فى المرتبة الثانية من حيث تسلسل النتائج ووصل رباط السببية بها ، إذ هو ينجم عن فقد التمييز وهذا بدوره يترتب على الخطأ . وقد أورد التقنينان التونسى والمراكشى تطبيقاً لهذا الحكم نصا فى المادتين ٩٣/١٠٢ على أن (حالة السكر لا ترفع المسئولية المدنية فى الالتزامات الناشئة عن الجنح وأشباهها ، متى كانت هذه الحالة اختيارية . وترتفع المسئولية إطلاقاً إذا كان السكر غير اختيارى، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه) . ويختلف عن ذلك حكم زوال التمييز بغير خطأ ممن أحدث الضرر، إذ تستبدل بتلك الفكرة الذاتية فكرة موضوعية أو مادية . وإذا كانت المسئولية تظل قائمة فى هذا الفرض فهى مسئولية مخففة . وعلى هذا النحو تستأثر المسئولية الموضوعية أو المادية بالصدارة على المسئولية الشخصية أو الذاتية دون أن تحل محلها على وجه كامل . فلا تترتب مسئولية من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين : أولهما أن يتعذر على المصاب الرجوع بالتعويض على من نيطت به الرقابة على من أحدث الضرر ، إما لعدم إقامة الدليل على مسئوليته وإما لإعساره . والثانى أن يسمح مركز الخصوم للقاضى بأن يقرر للمضرور تعويضاً عادلاً . فيجوز رفض الحكم بالتعويض إذن ، إذا لم يكن غير المميز قادراً على أدائه ، بل ويجوز عند الاقتدار إنقاص التعويض عدالة حتى يكون فى حدود سعته. ويراعى فى ذلك كله مركز المضرور نفسه من الناحية المادية وجسامة الخطأ (؟) ومدى الضرر» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٧ – ص ٣٥٨) .

وهو في الوقت ذاته يكفي . أما أنه يكفي فيظهر ذلك في أن الصبي المميز يكون مسئولا مسئولية تقصيرية كاملة دون حاجة إلى أن يكون قد بلغ سن الرشد . وأما أنه ضروري فيظهر ذلك في أن الشخص غير المميز لا يكون مسئولا عن أعماله الضارة ، لأن الإدراك ركن في الخطأ ، فلا خطأ من غير إدراك . وهذا الحكم يتطبق على كل شخص غير مميز، أيا كان السبب في انعدام التمييز .

فالصبي غير المميز ، وهو الذي لم يبلغ السابعة من عمره [1] ، لا تصح مساءلته مساءلة تقصيرية . أما من بلغ السابعة فيفرض فيه التمييز وتصح مساءلته حتى يقوم الدليل على انعدام التمييز فيه لمرض عقلي أو لسبب عارض .

كذلك المجنون [2] لا تصلح مساءلته [3] ويفرض في المجنون استصحاب حالة الجنون ، إلا أن يقوم الدليل على أنه ارتكب العمل الضار وهو في لحظة من لحظات الإفاقة (intervalles lucides) .

والمعتوه عتها كاملا عديم التمييز فلا تصح مساءلته . أما المعتوه المميز فتجوز مساءلته حتى لو كان محجوراً لتوافر ركن الإدراك فيه .

أما ذو الغفلة والسفيه ، ولو كانا محجورين ، والأصم والأبكم والأعمى ولو تعين لواحد منهم مساعد قضائي طبقاً لأحكام المادة ١١٧ من القانون المدني الجديد، فتجوز مساءلتهم جميعاً ، لأنهم يدركون ما يصدر عنهم من أعمال ، ويميزون بين الخير والشر [4] .

وتنتفي المسئولية حتى لو كان انعدام التمييز يرجع إلى سبب عارض [illegible] كالمنوم تنويماً مغنطيسياً والمصاب بمرض النوم والمدمن على السكر أو الخمر والمصاب بالصرع ونحو ذلك . فمتى ثبت أن الشخص الذي ارتكب العمل الضار [illegible] فاقد الوعي أو منعدم التمييز وقت ارتكابه لهذا العمل ، فإنه لا تصح مساءلته لأن الإدراك غير قائم .

٥٣٩ – نطاق انعدام المسئولية لانعدام التمييز : وانعدام المسئولية لانعدام التمييز نطاق ضيق . إذ يجب لانعدام المسئولية أن يكون الشخص قد انعدم فيه التمييز انعداماً

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من القانون المدني الجديد على أن «كل من لم يبلغ السابعة [illegible] فاقداً للتمييز» .

(٢) أنظر في مسئولية المجنون : وينز (Weenz) مقال له في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٥ ص [illegible] (Neagu) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ – ليموزيني (Limouzeanu) رسالة من [illegible] ١٩٣٢ .

(٣) استئناف مختلط في ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٤١ .

(٤) استئناف مختلط في ٦ أبريل سنة ١٨٨٢ بوريللي م ٢١٣ رقم ١١ .

بغير خطأ منه وأن يكون عديم التمييز هو المسئول وحده عن خطأ غير مفروض . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(أولاً) ما سبق أن قدمناه من أن المعتوه المميز وذا الغفلة وغيرهما من ناقصي التمييز تصح مساءلتهم لأن التمييز فيهم لم يتعدم انعداماً تاماً .

(ثانياً) إذا كان انعدام التمييز لسبب عارض ، كالخمر والمخدرات ونحو ذلك ، فإن عديم التمييز لا تنتفي مسئوليته إلا إذا كان سبب انعدام التمييز لا يرجع إلى خطأ منه . فإذا ثبت أن من فقد التمييز لسكر أو لمخدر كان يعلم أن السكر أو المخدر يفقده التمييز ، فإنه يكون مسئولا عن عمله حتى لو ارتكبه وهو فاقد الوعي . وفاقد التمييز لسبب عارض هو الذي يحمل عبء الإثبات ، فعليه أن يثبت أنه فقد التمييز بغير خطأ منه ، ولا يكلف المضرور أن يثبت أن فقد التمييز كان بخطأ من المسئول [1] .

(ثالثاً) ويجب لانعدام المسئولية أن يكون عديم التمييز في مكان المسئول . فإن كان في مكان المضرور ، ونسب إليه إهمال ساعد على وقوع الضرر ، فلا يرى القضاء المصري في بعض أحكامه أن يسقط هذا الإهمال من اعتباره عندما يزن المسئولية ، بل يعتبر أن هذا الإهمال هو خطأ من المضرور عديم التمييز يستوجب تخفيف المسئولية طبقاً لقواعد الخطأ المشترك [2] .

(١) رأينا أن المشروع التمهيدي تضمن نصاً يقضي بأن فاقد التمييز لسبب عارض هو الذي يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه . وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة .
ونرى أن الأصل في المميز أنه إذا فقد التمييز لسكر أو لمخدر يكون قد عرف ذلك في نفسه من قبل، فإقدامه على السكر والمخدرات يعد خطأ منه ، إلا إذا أثبت أنه كان مضطراً أو أنه لم يعهد في نفسه من قبل أن يفقد الوعي . ويترتب على ذلك أن المصاب بمرض النوم أو بالصرع لا حاجة به أن يثبت أن فقد التمييز لم يكن بخطأ منه ، فإن أمره واضح . وكثير من التقنينات الحديثة تقرر الحكم الذي تضمنه النص المحذوف من المشروع التمهيدي : أنظر م ٩٣/١٠٢ من القانونين التونسي والمراكشي والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ١٣٨ من قانون الالتزامات البولوني .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خطأ مشترك من سائق السيارة وهو يسير بسرعة ومن جهة الشمال ومن المضرور وهو طفل صغير سنه ست سنوات وقد تركه أبوه في الشارع فدهمته السيارة ، فإن مسئولية السائق (ومخدومته) تنزل إلى النصف باعتبار أن هناك خطأ مشتركاً من السائق ومن والد الطفل الذي ترك طفله في الشارع (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٨ – وانظر أيضاً استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧٤ – وفي ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تبين أن حادثة ما ترجع إلى خطأ مشترك بين سائقي الترام والمصاب ، وكان المصاب المنسوب إليه الخطأ صبياً غير مميز ، فإن شركة الترام وسائقها يسألان متضامنين قبل المصاب (الطفل) عن التعويض كاملا ، ولا يخفف من مسئوليتهما ما هو منسوب للصغير من الخطأ ، لأن الخطأ لا تصح نسبته له . وللشركة إذا شاءت أن ترجع على والد الصغير بمقتضى قواعد التضامن (استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٦) . إنظر في نقد هذا الحكم الأخير مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٦١ . ونرى أن عمل الطفل إذا لم يعتبر خطأ فهو على كل حال عمل مادي يجب مراعاته عند تقرير خطأ المسئول .

(رابعاً) ويجب أن يكون عديم التمييز في مكان المسئول وحده . فإذا وجد مسئول عنه كالأب أو المعلم أو نحو ذلك [(١)] ، فلابد من نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسئولية المسئول عنه ، ويكون هذا مسئولا عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصي. وسيأتي بيان ذلك بتفصيل أوفى .

(خامساً) ويجب أخيراً ألا تكون مسئولية عديم التمييز قائمة على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . فإن كان عديم التمييز مسئولا عن تابعه أو عن أشياء في حراسته كحيوان أو آلة ميكانيكية ، وأخذنا بالرأى الذى يقول إن المسئولية في هذه الحالة تقوم على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، فإن الخطأ المفروض يكون قائماً في جانب عديم التمييز ، ولا ينفيه انعدام تمييزه . مثل ذلك الصغير غير المميز يكون مسئولا عمن هم في خدمته مسئولية المتبوع عن التابع ، وقد فرض الخطأ في جانبه ولو أنه عديم التمييز [(٢)] .

٥٤٠ – مسئولية عديم التمييز في حالات استثنائية : ثم إن القانون الجديد قد تدارك ما قد ينجم من ضرر من وراء انتفاء المسئولية لانعدام التمييز حتى في هذا النطاق الضيق الذى رسمنا حدوده فيما تقدم . فقضى في الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ بأنه «إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعياً في ذلك مركز الخصوم» .

ونبادر إلى القول بأن مسئولية عديم التمييز هنا لا يمكن أن تكون مبنية على خطأ، فالخطأ كما قلنا ركنه الإدراك ، وعديم التمييز لا إدراك عنده . وإنما تقوم المسئولية في هذه الحالة على تحمل التبعة . فالشخص غير المميز ، بالشروط التي وردت في النص ، يتحمل تبعة ما يحدثه من ضرر . ولذلك جاءت مسئوليته مشروطة ومخففة .

(١) وهذا هو الغالب ، لأن عديم التمييز يكون عادة في كفالة شخص يراقبه ويكون مسئولا عنه، ومن ثم تخف في العمل حدة انتفاء المسئولية عند انعدام التمييز .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بما يأتي : «حيث إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) نصت بصفة مطلقة على أنه يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم و قد أفادت أنه لا يجب ثبوت أي تقصير أو إهمال من جانب المتبوع للحكم بالتعويض، بل يكفي لتطبيقها أن يقع الخطأ المنتج للضرر من التابع أثناء تأدية وظيفته» فيصح مساءلة القاصر بناء عليها عن تعويض الضرر الذى ينشأ من أعمال خدمة الذين عينهم له وليه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يحق للمساءل في هذه الحالة أن يرد على ذلك بأنه هو بسبب لصغر سنه لا يمكن أن يتصور أي خطأ في حقه ، إذ المسئولية هنا ليست عن فعل وقع منه يكون للإدراك والتمييز حساب ، وإنما هي فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله في خدمته (نقض جنائي في ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر للأحكام الجنائية ٥ رقم ٤١١ ص ٦٦٥ – وانظر مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٦١ مكررة) .

فهي أولاً مسئولية مشروطة . وشرطها ألا يجد المضرور سبيلا للحصول على التعويض من شخص آخر غير عديم التمييز . والغالب أن يكون عديم التمييز موكولا إلى رقابة شخص يكفله . فالصغير غير المميز يكون عادة كفالة أبيه أو جده أو أمه أو أحد من أقاربه. والمجنون يكون في كفالة أحد من هؤلاء أو في كفالة أحد المستشفيات المعدة لعلاج الأمراض العقلية. فالمعهود إليه بالرقابة على غير المميز هو المسئول عما يحدثه غير المميز من ضرر كما سترى. فإن وجد ، كان هو المسئول وحده نحو المضرور ، ورجع المضرور عليه بالتعويض كاملا . أما إذا لم يوجد ، أو وجد ولكنه استطاع أن ينفي الخطأ عن نفسه إذ هو خطأ قابل لإثبات العكس كما سيأتي ، أو لم يستطع نفي الخطأ ولكنه كان معسراً لم يستطع المضرور أن يحصل منه على التعويض ، فعند ذلك يرجع المضرور بالتعويض على عديم التمييز نفسه .

ومسئولية عديم التمييز في هذه الحالة مسئولية مخففة . فهو لا يكون مسئولا حتما عن تعويض ما أحدثه من الضرر تعويضاً كاملا . ذلك لأن مسئوليته لا تقوم على خطأ كما قدمنا، بل على تحمل التبعة ، فالقانون لا يحمله التبعة عن أعماله الضارة إلا في حدود عادلة. وأهم ما يراعيه القاضي في تقدير التعويض هو مركز الخصوم من الغنى والفقر. فهو يقضي بتعويض كامل إذا كان عديم التمييز موفور الثراء وكان المضرور فقيراً معدماً وأصيب بضرر جسيم بسبب العمل الذى صدر من عديم التمييز . وهو يقضي ببعض التعويض إذا كان عديم التمييز ميسر العيش من غير وفر وكان المضرور في حاجة إلى التعويض ، ويجب على القاضي في هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله مورداً كافياً للنفقة على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم . وقد لا يقضي بتعويض أصلا – لأن الحكم بالتعويض في الحالة التي نحن بصددها جوازى لا وجوبي – إذا كان عديم التمييز فقيراً لا مال عنده، وبخاصة إذا كان المضرور في سعة من العيش . ويكون كذلك محل اعتبار في تقدير التعويض مقدار ما بذله المضرور من العناية لتوقي الضرر الذى أصابه من عديم التمييز ، فإن تعويض المضرور نفسه في غير حيطة لما عسى أن ينزل به من جراء عبث شخص لا تمييز عنده يعد خطأ منه قد يستغرق في بعض الحالات ما أتاه عديم التمييز . ولا عبرة بجسامة ما صدر من عديم التمييز من عمل ، فهو فاقد الإدراك ويستوى أن يصدر عنه الجسيم وغير الجسيم [(١)] ولكن جسامة الضرر قد تكون محل اعتبار في تقدير التعويض ، فإن كان الضرر جسيماً بدا التعويض عنه أكثر عدلا وأعلى قيمة . ويسترشد القاضي بوجه عام بجميع الظروف التي تلامس القضية يستعين بها على تقدير التعويض العادل .

(١) قارن ما ذكر خطأ في المذكرة الإيضاحية من مراعاة جسامة الخطأ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٧ في الهامش). وانظر في الاعتبارات التي يراعيها القاضي في تقدير التعويض المادة ١٣١٠ من القانون النمساوى ، وهو تذكر خطأ المسئول وإهمال المضرور في درء الخطر عنه وخطأه .

والقانون المدني الجديد ، في استحداثه لهذه المسئولية الخاصة التي لم يكن القانون المدني القديم يعرفها [(١)] ، قد جارى في ذلك كثيراً من التقنينات الحديثة [(٢)] .

ب – الشخص المعنوى :

٥٤١ – جواز مساءلة الشخص المعنوى : المبدأ الذى استقر عليه القضاء والفقه فى مصر هو جواز مساءلة الشخص المعنوى عن الأخطاء التى يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شؤونه . ولم يقع تردد فى هذا المبدأ . وإذا كانت المسئولية الجنائية للشخص المعنوى يصعب التسليم بها لصعوبة تصور عقوبة جنائية تنزل بالشخص المعنوى إلا فيما يتعلق بالغرامة والمصادرة والحل ، فإن المسئولية المدنية يسهل التسليم بها ، فإنها تقع فى مال الشخص المعنوى . والأمثلة كثيرة على الأخطاء التى يرتكبها ممثلو الشخص المعنوى ، فيصبح هذا مسئولا عنها : مدير شركة يفصل عاملا فى وقت غير لائق فتكون الشركة مسئولة عن هذا الفصل ، سائق قطار يدهس أحد المارة بإهماله فتكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة عن إهمال السائق ، عامل البريد يضيع رسالة عهد اليه بتسليمها إلى صاحبها فتكون مصلحة البريد مسئولة عن العامل [(٣)] .

---

(١) ولما كان النص الذى يقرر هذه المسئولية قد استحدثه القانون المدني الجديد، فليس له أثر رجعى . والعبرة باليوم الذى وقع فيه العمل الضار، فإن كان قبل يوم نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) فالقانون القديم هو الذى يسرى ولا مسئولية على عديم التمييز ، وإلا فإن القانون الجديد هو الذى يسرى وتتحقق مسئولية عديم التمييز المخففة .

(٢) أنظر المادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٨٢٩ من القانون الألمانى والمادة ١٣١٠ من القانون النمساوى والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٢٢ من القانون اللبنانى والمادة ٤٠٦ من القانون السوفيتى والمادة ١٨٧ من القانون الصينى والمادة ٢٣٧٧ من القانون البرتغالى والمادة ٢٠٤٧ من القانون الإيطالى الجديد وقانون ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ فى بلجيكا .

وفى الفقه الإسلامى إذا كان الإتلاف مباشراً لا يشترط فيه التعمد أو التعدى «حتى أن طفلا يوم ولد لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يلزم الضمان ، وكذا المجنون الذى لا يفيق إذا مزق ثوب إنسان يلزمه الضمان : الهندية» (الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للمؤلف ص ٣٧٧ هامش رقم ١).

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام كثيرة بمسئولية الشركات عن أعمال ممثليها، وذلك كشركات السكك الحديدية (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٩ – [illegible] مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٧) ، وشركات الترام (استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة [illegible] ٤٠ ص ٣٧٠) ، وشركات الملاحة (استئناف مختلط فى أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص [illegible]) وشركات المياه والنور والغاز (استئناف مختلط فى ١٤ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧) .

والوقف يعتبر شخصاً معنوياً وناظر الوقف هو الممثل له ، فيكون الوقف مسئولا عن أخطاء الناظر [illegible] قضت محكمة النقض بأن الوقف بأحكامه المقررة فى الفقه الإسلامى هو فى فقه القانون المدنى [illegible] اعتبارى تكاملت فيه مقومات الشخصية القانونية . والشخص الاعتبارى كما أن له وجوداً افتراضياً له إرادة مفترضة هى إرادة الشخص الطبيعى الذى يمثله . فالخطأ الذى يقع من ممثله بصفته [illegible] بالنسبة إلى الغير الذى أصابه الضرر خطأ من الشخص الاعتبارى . فالحكم الذى يرتب المسئولية [illegible]

ولما كان الشخص المعنوى يختلف عن الشخص الطبيعى فى أنه لا يمكن أن ينسب له التمييز ، فإن كثيراً من الأحكام تجعل مسئولية الشخص المعنوى عن أعمال ممثليه هى مسئولية المتبوع عن التابع . فتصل بذلك إلى تقرير المسئولية بالتضامن بين الشخص المعنوى وممثليه .

على أن هناك أحوالا يصعب فيها الوصول إلى مساءلة الشخص المعنوى عن هذا الطريق غير المباشر . فقد يحدث أن الخطأ الذى يوجب المساءلة يكون قراراً صادراً من إحدى هيئات الشخص المعنوى (مجلس إدارة الشركة أو جميعتها العامة مثلا) . فلابد إذن من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوى ذاته . كذلك قد يكون الخطأ بحيث لا تجوز نسبته إلا إلى الشخص المعنوى ، كما إذا قوضيت شركة لمنافسة تجارية غير شريفة أو لتقليد مزور [(١)] . ففى مثل هذه الأحوال تكون مسئولية الشخص المعنوى مسئولية عن عمل شخص ، لا مسئولية المتبوع عن تابعه . ولابد حينئذ من الاقتصار على ركن التعدى فى الخطأ دون ركن التمييز. ويكفى لتحديد ما إذا كان الشخص المعنوى قد أخطأ أن يقاس تصرفه إلى تصرف شخص معنوى مجرد فى الظروف الخارجية التى تصرف فيها ، فإذا انحرف عن هذا المقياس المادى، كان هناك خطأ ، وتحققت المسئولية [(٢)] .

٥٤٢ – مساءلة الشخص المعنوى العام [(٣)] : وقد يكون الشخص المعنوى المراد مساءلته هو الدولة ذاتها أو شخص معنوى عام كمجلس من مجالس المحافظات أو المجالس المحلية أو غيره من الأشخاص العامة . وتتحقق مسئولية الشخص المعنوى فى مصر على النحو الذى تتحقق به مسئولية الأفراد والهيئات الخاصة . وقواعد المسئولية التقصيرية واحدة للفريقين. ذلك أن

= جهة الوقف عن خطأ وقع من الناظر عملا بالمادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) لا يكون مخطئاً (نقض مدنى فى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه لا يكون الوقف مسئولا عن خطأ الناظر إذا لم يكن معيناً من قبل المستحقين لأن الناظر فى هذه الحالة لا يكون تابعاً للوقف (استئناف مختلط فى ١٩ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ – وانظر أيضاً استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ ص ٨٣) . ونرى أنه يمكن مساءلة الشخص المعنوى مباشرة لا باعتباره متبوعاً ، وعلى هذا الوجه تسقط الحجة التى وردت فى الحكم من أن ناظر الوقف إذا لم يعينه المستحقون لا يكون تابعاً للوقف .

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٧٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٧٢ – فقرة ٩٧٣ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٣١٤.

(٣) أنظر فى مسئولية السلطات العامة : دويز (Duex) فى مسئولية السلطة العامة – تيرار (Tirard) رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ – ديبير (Debeyre) رسالة من ليل سنة ١٩٣٦ – كليار (Colliard) رسالة من إكس سنة ١٩٣٨ .

الأقضيـة التي تقوم على هذه المسئولية بالنسبة إليـهما معاً تدخل في اختصاص القضا العـادي، ولم يمتـد حتى اليـوم اختصـاص محكمـة القضـاء الإداري بمجلس الدولة إلى مسئولية السلطات العامة عن أعمالها المادية ، ولا يزال هذا الاختصاص مقصوراً على المسئولي عن القرارات الإدارية . والقضاء العادى فى مصر يطبق على مسئولية الدولة والسلطات العام قواعد المسئولية التقصيرية التي يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة. وقد وصل في بعض الحالات إلى جعل الدولة مسئولة عن الخطأ مسئولية شخصية لا مسئولية المتبوع عن التابع (١) (1) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية الدولة عن الخطأ الذى ترتكبه فى أعمال الرى (استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٤ - وفى ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٥ - وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٨) ، وفى أعمال الطرق والتنظيم (استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٢٨ - وفى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٧ - وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ٢٨ ص ١٢٧)، وفى أعمال البوليس والأمن (استئناف مختلط فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٣ - وفى ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧ - وفى ١١ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٠) ، وفى أعمال الجمرك (استئناف مختلط فى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٢ - وفى ٢١ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٩ - وفى ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٠) . وقضت كذلك بمسئولية المجالس البلدية (استئناف مختلط فى ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٩٤) .

(1) أ - الخطأ المرفقى هو الخطأ الذى ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذى قام به ماديا أحد العاملين بالمرفق ويقوم الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذى تسبب فى الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقا للقواعد التى يسير عليها سواء أكانت هذه القواعد خارجة أى وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق أو داخلية أى منها المرفق لنفسه أو يقتضيها السير العادى للأمور ، ولما كان ما صدر من المطعون عليه من خطأ رتب مسئولية عن الضرر الموجب للتعويض المقضى به لا يعدو وأن يكون خطأ شخصياً يسأل عنه التابع وبالتالى يحق للمتبوع الكفيل المتضامن معه الرجوع عليه بما يوفيه عنه من تعويض للمضرور عملا بنص المادة ١٧٥ من القانون المدنى ، وقد خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر أن ما صدر من المطعون عليه تابع الطاعنين خطأ مهنياً واعمل حكم قانون العاملين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(جلسة ١٩٩٠/٥/٥ الطعن ٢٧٥٣ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٧ الطعن ١٧٩٧ لسنة ٥٨ ق)

ب - للتابع فى حال الرجوع عليه من متبوعه أن يتمسك فى مواجهته ليس فقط بالدفوع التى [illegible] أن يتمسك بها فى مواجهة المضرور بل أيضا بما قد يكون لديه من دفوع قبل هذا المتبوع [illegible] ذلك وكان المطعون ضده قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأن الخطأ الذى تسبب عنه [illegible] هو خطأ مرفقى تسأل الهيئة الطاعن وحدها عن التعويض عنه وليس خطأ شخصيا حتى [illegible] الرجوع عليه به وكان الخطأ المرفقى هو الخطأ الذى ينسب إلى المرفق حتى ولو كان [illegible] مادياً أحد العاملين - ويقوم - على أساس أن المرفق ذاته هو الذى تسبب فى الضرر [illegible] الخدمة العامة وفقا للقواعد التى يسير عليها سواء أكانت هذه القواعد خارجة أى وضعها [illegible] ليلتزم بها المرفق أم داخلية أى سنها المرفق لنفسه ويقتضيها السير العادى للأمور .

(جلسة ١٩٨٦/٦/١٩ الطعن ٩٠٢ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٩٥/٢/١٩ الطعن ٣٦٦٠ لسنة ٦٠ ق) .

أما فى فرنسا فمجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة فى جميع المنازعات الإدارية ، فدخل فى اختصاصه النظر فى مسئولية الدولة مسئولية تقصيرية . وأخذت قواعد هذه المسئولية تتحور بالتدريج عندما تغير ميدان تطبيقها من النطاق المدنى الخاص إلى النطاق الإدارى العام . وقد كان مجلس الدولة الفرنسى بادئ الأمر يضيق من مسئولية الدولة عندما كان يتطلب خطأ على قدر معين من الجسامة لمساءلة الدولة ، وعندما كان يفرق بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى . ثم انتهى إلى التوسع فى هذه المسئولية عندما ترك المبادئ المدنية ووضع مبادئ إدارية خاصة ، فجعل الدولة مسئولة عن الخطأ فى سير العمل الإدارى (faute du service) لا فى الخطأ المصلحى (faute de service) فحسب ، ووصل بهذه المسئولية فى بعض الحالات إلى حد جعل الدولة مسئولة عن تبعات الأعمال التى تولد أخطارا جسيمة كالأشغال العامة (travaux publics) ، فبنى المسئولية فى هذه الحالات على مبدأ تحمل التبعة (risque) .

٥٤٣ - رقابة محكمة النقض على ركن الخطأ : ولمحكمة النقض الرقابة على قيام ركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية . وإذا كان التعدى كعمل مادى يعتبر من مسائل الواقع، إلا أن وصفه القانونى بأنه تعد لأنه انحراف عن المألوف من سلوك الشخص العادى يعتبر من مسائل القانون . كذلك انتفاء المسئولية فى حالة الدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وحالة الضرورة ، واشتراط التمييز لقيام الخطأ ، والحدود التى يسأل فيها عديم التمييز ، كل هذا يعتبر من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض (١) (1) .

المطلب الثانى

تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ

٥٤٤ - التمييز بين الخروج عن الحق والتعسف فى استعمال الحق : قدمنا أن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى . ويجب هنا أن نوجه النظر إلى تمييز جوهرى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، ولا معقب على تقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعلة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ ص ٢١٩) أنظر أيضاً الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ٥٤ - ص ٥٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٩٥٦ وفقرة ٩٦٧ .

(1) استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذى يكون فيه استخلاصه غير سائغ /

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١٥١٩)

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١٠٦٢)

(جلسة ١٩٦٧/١/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٦٢٩)

لا يلتفت إليه في العادة ، مع أنه في نظرنا هو الذي يضع نظرية التعسف في استعمال الحق في مكانها الصحيح .

ذلك أن الانحراف في السلوك قد يقع من الشخص وهو يأتي رخصة ، وقد يقع منه وهو يستعمل حقاً . وليس هنا مجال الإفاضة في التمييز ما بين الرخصة والحق . ويحسبنا أن نقول أن الرخصة هي حرية مباحة في التصرف ، كالسير والتعاقد والتقاضي والكتابة والنشر ونحو ذلك من الحريات العامة التي كفلتها الدساتير للأفراد . أما الحق فهو مصلحة معينة مرسومة الحدود يحيمها القانون . فالملكية حق ، والتملك رخصة . ذلك أن القانون كفل لجميع الناس الحرية في أن يتملكوا طبقاً للقواعد التي قررها في أسباب الملك ، ومن ثم فالتملك رخصة فإذا ما كسب الشخص ملكية شئ معين بسبب من أسباب الملك ، انتقل من الرخصة إلى الحق ، وأصبحت له مصلحة معينة مرسومة الحدود هي حق الملكية على هذا الشئ المعين الذي ملكه ، وهي مصلحة يحميها القانون [1] .

والرجل العادي في سلوكه المألوف إذا أتى رخصة يلتزم قدراً من الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير . وإذا استعمل حقاً فإنه لا يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق . فإذا ما انحرف شخص وهو يأتي رخصة – مشى أو تعاقد أو تقاضى أو كتب أو نشر – عن هذا السلوك المألوف من الرجل العادي ، فمشى بسيارته ولم يلتزم اليقظة اللازمة فدهس أحد المارة ، أو تعاقد مع أحد الفنيين الموظفين في مصنع منافس وحمله بذلك على أن يخل بالتزاماته نحو مصنعه . أو تقاضى فتنكب سبيل الاعتدال وأمعن في الإضرار بخصمه باستعمال إجراءات التقاضي في غير ما وضعت له لدداً في الخصومة ، أو كتب فأفشى سراً من أسرار المهنة كان لا يجوز له إفشاؤه ، أو نشر فقذف شخصاً ، كان كل هذا خطأ يحقق مسئوليته . كذلك إذا استعمل حقاً معيناً – حق ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق دين – فجاوز

(١) وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد يشتمل على نص ، هو المادة ٥ من هذا المشروع يقضي بما يأتي : «الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة» . وورد بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة . وهي تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق . فالتعسف يرد على استعمال الحقوق ... الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف في ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق ... جراء ذلك . ويقصد بالحق في هذا الصدد كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل ... والإفراد كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان أو حقه في اقتضاء دين من المدين ... ذلك من المكنات التي يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً للاختصاص ... أو إباحات كالحريات العامة وما إليها . وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة التعسف ... الغير ما ينجم عن ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل ب... وجه» . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠١ في الهامش) .

الحدود المرسومة للحق الذي يستعمله ، بأن بني في ملكه مجاوزاً حدود هذا الملك ، أو فتح المطل في المسافة الممنوعة قانوناً ، أو قيد الرهن بأكثر من الدين ، أو تقاضى فيما له من الدين فوائد أكثر مما يبيحه القانون ، كان كل هذا أيضاً خطأ يحقق مسئوليته .

وقد كان رجال الفقه في القرن الماضي يرون تقييد الرخصة ولا يرون تقييد الحق . فيشترطون في إتيان الرخصة ألا ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادل . أما الحق فلا يشترطون في استعماله إلا عدم مجاوزة حدوده . فكان الخطأ في نظرهم هو انحراف عن السلوك في إتيان الرخصة أو مجاوزة للحدود في استعمال الحق . أما إذا استعمل الشخص حقاً ولم يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق ، فإنه لا يخطئ ولو أضر بالغير . ومن ثم كان استعمال الحق مرهوناً بمدى حدوده . فإن جاوزها صاحب الحق كان هذا خروجاً عن الحق ، وهو خطأ يحقق مسئوليته . وإن التزمها فلا تتحقق مسئوليته ، حتى لو انحرف في استعمال الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي فأضر بالغير .

فلا يشترط إذن في استعمال الحق عند رجال الفقه القديم إلا عدم مجاوزة الحدود التي وضعت له . وما دام صاحب الحق داخل هذه الحدود فلا يرتكب خطأ مهما أضر بالغير ، ومهما كان مهملاً أو كان سيئ النية . وهذه الصورة هي التي نظر فيها رجال الفقه الحديث ، ورأوا خلافاً للفقه في الماضي أن المسئولية فيها يجب أن تتحقق وأطلقوا عليها اسما معروفاً هو «التعسف في استعمال الحق» (abusdu droit) .

ومن ثم أصبح للخطأ صورتان : صورته الأولى وهي الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق ، وصورته الجديدة وهي التعسف في استعمال الحق .

ونتناول كلا من الصورتين في تطبيقاتها المختلفة .

١ – الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق

٥٤٥ – من قاعدة عامة واحدة إلى حالات متعددة : رأينا أن هناك قاعدة عامة تقضي بأن كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض . وهذه هي السياسة التشريعية التي جرت عليها التقنينات اللاتينية . فهي لا تورد تطبيقات تفصيلية للخطأ ، بل تقتصر على وضع قاعدة عامة على النحو الذي أسلفناه . أما القوانين الأنجلوسكسونية والجرمانية فإنها تعمد إلى التفصيل ، وتتفاوت في إيراد الحالات التفصيلية للخطأ [1] . ومن المعروف في القانون الإنجليزي أنه

(١) وكذلك الفقه الإسلامي لا يضع قاعدة عامة ، وإنما يورد حالات تفصيلية . وهناك حالتان رئيسيتان يوجب فيهما الضمان فيعالج بهما الضرر الذي يقع على المال، وهما الغصب والإتلاف . فالغصب هو أخذ مال متقوم محترم ، بلا إذ من له الإذن ، على وجه يزيل يده ، بفعل في العين ويجب على الغاصب رد المغصوب لو كان قائماً في مكان غصبه ، أو رد قيمته لو هلك حتى لو كان الهلاك بقوة قاهرة . والإتلاف قد يكون مباشرة أو تسبباً . فالإتلاف مباشرة هو إتلاف الشئ بالذات ، من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ، والإتلاف تسبباً يكون بعمل يقع على شئ فيفضي إلى =

لا يشتمل على قاعدة عامة في الخطأ . بل يحوى أنواعاً مختلفة من الخطأ يرد لكل نوع منها حكمه. ومن ثم سمي هذا القسم من القانون الإنجليزي ، لا بقانون الخطأ (Law of tort). بل بقانون الأخطاء (law of torts) .

على أن الفرق ليس بكبير كما يظهر لأول وهلة ما بين القوانين اللاتينية وبين القوانين الإنجليزية والجرمانية . فالثانية تعدد حالات الخطأ . ولكن يمكن أن يستخلص من هذه الحالات قاعدة عامة تتناول الخطأ في ذاته وتحدد أركانه . أما الأولى فتبدأ بهذه القاعدة العامة، ولكنها تنتهي في تطبيقها القضائي إلى حالات في الخطأ تعددها المحاكم حالة حالة وتبين خصائص كل حالة منها . فهناك إذن طوائف من الجرائم المدنية واضحة المعالم بينة الحدود ، شبيهة بالجرائم الجنائية التي يعددها قانون العقوبات .

وها نحن ، على سبيل المثال ، نتناول في إيجاز ، بعض هذه الحالات على النحو الذي انتهى إليه فيها قضاء المحاكم .

٥٤٦ – حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية وغيرها من وسائل النقل : من الميادين التي يتسع فيها المجال لوقوع الخطأ حوادث النقل . فقد زادت أخطار النقل [illegible] تعدد من وسائله وما امتد من نشاطه . ويقع كل يوم من حوادث النقل ما يوجب المسئولية. وهي حوادث متنوعة تنجم عن وسائل النقل المختلفة : من الدواب إلى المركبات إلى السيارات إلى السفن إلى الطائرات ، وفي البر والبحر والجو .

= تلف شيء آخر . فمن قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكسار[illegible] ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة ، وكسر القنديل تسبباً والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم [illegible] والمتسبب غير ضامن لا إذا كان متعمداً أو متعدياً (مجمع الضمانات ص ١٤٦) – أما الضرر الذي [illegible] على الجسم فتتداخل فيه فكرة العقوبة الجنائية مع التعويض المدني . وجزاؤه الدية والأرش [illegible] العدل. أما الدية فتجب في القتل غير العمد (أما القتل العمد فيجب فيه القصاص وهو عقوبة [illegible] تعويض مدني) وفي الجناية على ما دون النفس عن غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة [illegible] جزء من الدية ، فإذا تعدد العضو الذي تمكن فيه المماثلة ، وأصيب بعض منه ، فالدية تجب [illegible] أصيب ، وتسمى في هذه الحالة أرشاً ، فيجب نصف الدية في العين الواحدة وربعها في [illegible] العين الأربعة وهكذا. وحكومة العدل تكون فيما لا يجب فيه قصاص أو دية أو أرش ، أي [illegible] على ما لا تمكن في المماثلة، عمداً كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجزاء للقاضي [illegible] حكومة العدل (البدائع ٧ ص ٢٣٣ وما بعدها) . ويستخلص من ذلك أن حكومة العدل، [illegible] مرونة من القصاص والدية والأرش ، تكاد تضع مبدأ عاماً في الشريعة الإسلامية يقضي بأن [illegible] الذي يصيب النفس فيما لا تمكن فيه المماثلة (ويدخل في هذا أكثر الجراح والشجاج) عم[illegible] غير عمد ، يوجب التعويض حسب تقدير القاضي . وهذا المبدأ يكمل المبدأ الآخر الذي [illegible] قواعد الغصب والإتلاف وهو متعلق بالعمل الضار الذي يصيب المال . (أنظر في كل ذلك [illegible] للمؤلف فقرة ٦٦) .

والنقل قد يكون بأجر أو بغير أجر ، والنقل بأجر قد يكون نقلاً للأشياء أو نقلا للأشخاص . ففي نقل الأشياء يلتزم عامل النقل بنقل ما عهد إليه في نقله سليما إلى المقر المتفق عليه ، فإذا تلف في أثناء النقل كان عامل النقل مسئولا . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لقيامها على التزام يترتب على عقد النقل [1] . فلا يستطيع عامل النقل أن يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . وتجب المسئولية العقدية في رأينا المسئولية التقصيرية ، فلا خيرة بين المسئوليتين .

وفي نقل الأشخاص لم يكن القضاء الفرنسي في بادئ الأمر يرتب مسئولية عقدية. ثم انتهى إلى أن يستخلص من عقد النقل التزاماً بضمان سلامة الراكب، وأصبح عامل النقل ملزماً بموجب العقد أن يصل بالراكب إلى المقر المتفق عليه سليما معافى . والالتزام بضمان السلامة في نقل الأشخاص ، كما هو في نقل الأشياء ، التزام بتحقيق غاية [2] . فإذا أصاب الراكب ضرر بسبب النقل كان عامل النقل مسئولا مسئولية عقدية لا يستطيع الخلاص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي [١] .

وقد يكون النقل بغير أجر (transport bénévole, gratuit) ، كأن يستصحب شخص صديقاً له في سيارته في نزهة أو إلى مكان معلوم ، فإذا أصيب الصديق بحادث من جراء ركوب السيارة ، فهل يكون صاحب السيارة مسئولا ، وعلى أي أساس تقوم مسئوليته؟ نرى أن النقل في هذه الحالة ليس بعقد ، لأن الطرفين لم يقصدا أن يرتبطا ارتباطاً قانونياً، وقد تقدم ذكر ذلك ، فنستبعد إذن المسئولية العقدية [٢] . ولا تبقى إلا المسئولية التقصيرية. وهنا تنفتح أمامنا طرق ثلاثة : هل تكون هذه المسئولية هي مسئولية حارس الأشياء ، فيعتبر صاحب السيارة وهو الحارس لها مسئولا نحو صديقه عن الضرر الذي أصابه حتى يقيم

(١) انظر في هذا الموضوع مازوا ١ – فقرة ١٥٢ – فقرة ١٥٣ بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٩٦٠.

(٢) أنظر عكس ذلك لالو فقرة ١٨٧ ص ١٢٢ . وهو يقول بالمسئولية العقدية في النقل المجاني .

(1) عقد نقل الاشياء يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان الاشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل اليه وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية فاذا تلفت هذه الاشياء أو هلكت فانه يكفي أن يثبت أن ذلك حدث أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا إثباتا لعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسئولية عن هذا الضرر بغير حاجة إلى اثبات وقوع خطأ من جانبه ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن التلف أو الهلاك نشأ عن عيب في ذات الاشياء المنقولة أو بسبب قوة قاهرة أو خطأ من الغير .

(جلسة ١٩/١٢/١٩٦٨ الطعن ١٩٠ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١٥٥١)

(2) عقد نقل الاشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذه عقد النقل تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه ، ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير .

(جلسة ٧/٣/١٩٧٩ الطعن ٧٨٤ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٧٤٢)

الدليل على السبب الأجنبي ؟[1] أو تستبعد المسئولية على أساس الحراسة ونبقى فى دائرة المسئولية القائمة على خطأ واجب الإثبات ، ونقول أن الصديق المضرور يجب أن يثبت خطأ فى جانب صديقه صاحب السيارة ؟ وإذا قلنا بذلك ، فأى نوع من الخطأ يجب أن يثبت؟ هل يجب أن يثبت خطأ جسيما باعتبار أنه رضى بإخلاء مسئولية صديقه بعد أن تبرع هذا بنقله ، فلا يكون صاحب السيارة مسئولا إلا عن الخطأ الجسيم ؟ [2] أو أن يثبت خطأ يسيراً طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ؟ [3] أما المسئولية على أساس الحراسة فيجب استبعادها ، إذ شرطها ألا يكون المضرور قد اشترك مجاناً فى استعمال الشئ الذى أحدث الضرر [4] . كذلك يجب استبعاد أن الصديق المضرور قد رضى بإخلاء مسئولية صاحب السيارة ، إذ حتى على فرض أن هذا صحيح فهو اتفاق على الإعفاء من مسئولية تقصيرية وهو لا يجوز . فلا يبقى إذن إلا الطريق الثالث ، ويكون صاحب السيارة مسئولا نحو

---

(١) أنظر من هذا الرأى جوسران فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٧ - ١ - ١٣٧ - بيسون ص ١٦٠ .

(٢) أنظر من هذا الرأى ريكول (Ricol) فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٢١ - وروجيه (Roger) فى تعليقه فى داللوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٨ . وينزع القضاء المصرى إلى هذا الرأى .. فقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الصديق الذى يستسلم لقيادة صديقه المتبرع بها على طول مسافة الطريق يعتبر أنه على اتفاق معه فيما ينتهجه من أساليب القيادة وأنه موقن من حذقه ومهارته، وكلاهما يكون مستهدفاً للخطر بدرجة واحدة . ومن غير المعقول أن يتطلب من أى شخص أن يوجه عنايته للغير أكثر مما يوجهها لنفسه (١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/١٧٨ ص ٣٣٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام كثيرة بأن من يقبل النقل مجاناً يعتبر أنه قد أعفى صاحب السيارة من مسئوليته ، فلا يستطيع الرجوع إلا إذا أثبت فى جانب صاحب السيارة خطأ جسيماً، بأن أثبت أنه كان يسير بسرعة جنونية لا تجعله مسيطراً على السيارة ، أو أنه كان يسير بسرعة شديدة على مقربة من سيارة أخرى دون أن يوقد مصابيح سيارته (استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٧ - وفى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ م [illegible] ٤٥ ص ٢٢٥ - وفى ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٣ - محكمة مصر المختلطة فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٠ ص ١٧٦) . [illegible]

(٣) أنظر من هذا الرأى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٢٢ - جاردينا وريشتى فقرة ١٠٤ ص ٦٩١ [illegible] جنى فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٨ - ١ - ٣٥٣ - ريبير فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٨ - ١ - ١٤٦ - إسمان فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩ . وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض الفرنسية: ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ - داللوز ١٩٢٨ - ١ - ١٤٦ مع تعليق ريبير وسيريه ١٩٢٨ - ١ - ٣٥٣ [illegible] تعليق جنى - وفى ٩ يونيه سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٨ - ١ - ١٥٣ - وفى ١١ يونية سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٤١٤ - وفى ٧ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩ مع [illegible] إسمان - وفى ٢٢ يولية سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ١ - ٥٨٨ - وفى ١٨ [illegible] ١٩٣٤ داللوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٨ - وفى ٥ مايو سنة ١٩٤٢ سيريه ١٩٤٢ - ١ - ١٢٥ [illegible] هنرى مازو . (أنظر فى أحكام أخرى بهذا المعنى لمحكمة النقض الفرنسية مازو ١ فقرة ١٢٧٨) .

(٤) أنظر مازو ١ فقرة ١٢٧٤ - فقرة ١٢٧٥ وفقرة ١٢٨١ - فقرة ١٢٨٧ .

صديقه المضرور إذا أثبت هذا خطأ يسيراً فى جانبه وفقا للقواعد العامة [1] .

وهناك مسئولية تقصيرية أخرى تترتب على حوادث النقل إذا كان الضرر قد وقع لا على الراكب بل على المارة فى الطريق . ومن الأمثلة المألوفة أن يقود شخص سيارة ويسير بسرعة ينجم عنها الخطر ، أو أن يسير فى الليل دون أن يوقد مصباح السيارة ، أو أن يسير على الجانب الأيسر من الطريق [2] ، أو أن يدخل من شارع جانبى إلى شارع رئيسى دون أن ينتظر مرور السيارات التى تسير فى الشارع الرئيسى [3] ، أو أن يغفل تنبيه العابرة إلى خطر يتهددهم من سيارته ، أو أن يخالف لوائح المرور ونظمها [4] . وكثيراً

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع مازو ١ فقرة ١٢٧٣ - فقرة ١٢٨٩ والمراجع المشار إليها فيه (فقرة ١٢٧٤ هامش رقم ١ مكرر) . وانظر فى الفقه المصرى مقالا للدكتور حلمى بهجت بدوى بك فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ١٣٧ - ومصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٦٦ - فقرة ٦٩ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سائق السيارة ، حتى لو سار فى طريق ذى اتجاه واحد، يجب عليه مع ذلك أن يلزم الجانب الأيمن من الطريق (استئناف مختلط فى ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السائق الذى يأتى من شارع جانبى يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذى يسير فى الشارع الرئيسى ، فإذا كان هذا الأخير يسير أيضاً بسرعة زائدة كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط فى ٢٨ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ - وانظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٤) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأن السائق الذى يأتى من الشارع الأصغر يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذى يسير فى الشارع الأكبر ، فإذا كان الشارعان متساويين فى الأهمية ، فالسائق الذى يأتى من جهة اليمين هو الذى يسبق (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٦) .

(٤) استئناف مختلط فى ١٤ نوفمبر سنة فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ - وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ - وفى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - وفى ٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢١٤ - وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٩ - وفى ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٧ - وفى ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥م ٤٧ ص ١٣٢ - وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٦ - وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ - وفى ٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٣ - وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١ .

وانظر فى حوادث السيارات : ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ - وفى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٣ - وفى ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - وفى ١٤ يونية سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨١ - وفى ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٨ - وفى ٢٦ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٢٨ - وفى ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦ - وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٠٤ - وفى ٢٣ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٦ - وفى ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٣ . وكان القضاء المختلط يقضى بأن المسئولية فى حوادث السيارات لا تبنى على مجرد أن المسئول هو مالك السيارة (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢ - وفى ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٧ - وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٣) ، ولكن بعد نفاذ القانون المدنى الجديد تبنى المسئولية فى حوادث السيارات على أساس الحراسة ، فحارس السيارة هو المسئول ولا يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبى (م ١٧٨ من القانون المدنى الجديد) .

...قع الحوادث من قطارات السكك الحديدية [1] (I) والمركبات الكهربائية [2] وغير

أنظر في مسئولية مصلحة السكك الحديدية بسبب مصباح زيت معيب أحرق مركبة (استئناف مختلط فى ٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٩٩) – وبسبب عيب فى فرملة القطار (استئناف مختلط فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٩) – وبسبب إعطاء إرشادات فجائية (استئناف مختلط فى ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٦٦) – وبسبب وقوف القطار بعيداً عن المحطة (استئناف مختلط فى ١٦ يونية سنة ١٨٩٧م ٩ ص ٣٨٨) – وفى مسئوليتها عن الأضرار التى تصيب الموظفين (استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٢٠ – وفى ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٠٧ – وفى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ – وفى ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٢ – وفى ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٨) – وفى مسئولياتها عن خروج القطار عن الشريط (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ – وفى ١٤ يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ – وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ – وفى ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٥ – وفى ١٥ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٧ – وفى ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٢) – وفى المسئولية عن الشرار الذى يتطاير (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٥٩ – وفى ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٨) – وفى تصادم القطارات (استئناف مختلط فى ٢٥ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٨ – وفى ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢) وبسبب إحدى الحوادث (استئناف مختلط فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٣). وأنظر أيضا نقض مدنى فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ – المحاماة ١٥ رقم ١/٧٨ ص ١٥٥ – استئناف مصر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ ص ١١٠٤ – وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٥٨ ص ٤٩٥ .

وأما عن حوادث مجازات (مزلقانات) السكة الحديد فقد قضت محكمة النقض فى دائرتها الجنائية بأنه إذا صح أن مصلحة السكة الحديد فى الأصل غير مكلفة بأن تقيم حراساً على المجازات لدفع الخطر عن المارة من قطاراتها ، إلا أنها إذا أقمت حراساً بالفعل عهدت إليهم إقفالها كلما كان هناك خطر عليهم من اجتيازها وفتحها حيث لا خطر ، وأصبح ذلك معهودا للناس ، فقد حق لهم أن يعولوا على ما أوجبته على نفسها من ذلك وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحا إذناً بالمرور بعدم وجود الخطر . فإذا ترك الحارس عمله وأبقى المجاز مفتوحاً حيث كان ينبغى أن يقفله وجب اعتباره متخليا عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فعمله هذا إهمال بالمعنى الوارد بالمادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ عقوبات ، وتكون مصلحة السكك الحديد مسئولية عما ينشأ من الضرر للغير من فعل تابعها على ما قضت به المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) . ولا محل للتحدى هنا بأنه على الجمهور أن يحتاط لنفسه ، كما أنه لا محل للتحدى بنص لائحة السكة الحديد التى حظرت على الجمهور المرور بالمجازات عند اقتراب مرور القطارات ورتبت على مخالفة هذا الحظر جزاء متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم لا تفيد أن سائق السيارة حاول المرور من المجاز مع علمه بالخطر . (نقض جنائى فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤٧ المحاماة رقم ٣١٩ ص ٩٠٥) .

وقضت محكمة المنصورة الكلية الوطنية بأنه وأن كانت مصلحة السكة الحديد غير ملزمة بخفارة المزلقانات ، إلا أنها ملزمة باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتنبيه المارة بوجود المزلقانات ، وخاصة إن كانت تقع على طريق مطروق كثيراً بوضع فانوس للتحذير ليلا . وإذا وضعت مصلحة السكة الحديد فانوسين بنور أحمر على جانبى المزلقان لتحذير المارة ليلا ، ووضعت لوحة للاحتراس من القطارات فلا مسئولية عليها عند وقوع حادث (المنصورة الكلية الوطنية فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٤ رقم ٣٣ ص ٧٠) .

وانظر من القضاء المختلط فى حوادث المزلقانات : استئناف مختلط فى ٥ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣

ذلك من وسائل النقل المختلفة [1] . ويلاحظ فى كل ذلك أن المسئول عن الخطأ ، وهو السائق استعمل رخصة أباحها له القانون ، بأن اتخذ وسيلة من وسائل النقل المعروفة ، فانحرف فى إتيان هذه الرخصة عن السلوك المألوف للرجل العادى ، وأضر بالغير، فكان هذا خطأ يستوجب المسئولية . وسنرى أن المسئولية فى أكثر هذه الأحوال ، بعد نفاذ القانون المدنى الجديد، لا تبنى على خطأ واجب الإثبات ، بل على أساس حراسة الأشياء التى تتطلب

= ص ٢٠٥ – وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤٥ – وفى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١م ٤٤ ص ٥٩ – وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢١ – وفى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤ – وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١.

(٢) أنظر فى مسئولية شركة الترام عن سير القطار قبل أن ينزل الراكب (استئناف مختلط فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٤ – وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣٨ – وفى أول يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩١ – وفى ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٧ – وفى ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٨ – وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٨) وعن نزول الركاب مسرعين فى ذعر بسبب حادث وإصابتهم من جراء ذلك (استئناف مختلط فى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٣ – وفى ١٠ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٤ – وفى ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١١) – وعن إصابة المارة فى الطريق (استئناف مختلط فى ١٠ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٩ – وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢١ – وفى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٨ – وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ – وفى ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ – وفى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٨ – وفى ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩ – وفى ٢٠ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١١ – وفى ١٢ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ – وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧٤ – وفى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٥ – وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ – وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤ – وفى ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ – وفى ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤ – وفى ١٢ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٧ – وفى ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٦ – وفى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤١ – وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٩) .

(I) من المقرر أن تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائياً أو مدنياً مما يتعلق بموضوع الدعوى ومتى استخلصت المحكمة مما أوضحته من الأدلة السائغة التى أوردتها أن الخفير المعين من الهيئة العامة لشئون السكك الحديدية على المجاز قد أخطأ إذ لم يبادر إلى تحذير المارة فى الوقت المناسب وتنبيههم إلى قرب مرور القطار وتراخى فى اغلاق المجاز من ضلفتيه ولم يستعمل المصباح الأحمر فى التحذير وفقا لما تفرضه عليه التعليمات وذلك فى الوقت الذى ترك فيه بوابه المجاز مفتوحة من جهة دخول السيارة قيادة المجنى عليه مع استطاعته اقفالها وان هذا الأخير كان معذوراً فى اعتقاده بخلو المجاز وعبوره فوقع الحادث نتيجة لهذا الخطأ فلا تقبل المجادلة فى ذلك لدى محكمة النقض .

(جلسة ١٩٦١/١/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٢ ص ١٣١)

(جلسة ١٩٥٩/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٧٦)

(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٧٣٣)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٣٣٧)

(١) أنظر فى حوادث الطيارات : استئناف مختلط فى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٦ .

حراستها عناية خاصة أو الآلات الميكانيكية ، فيكون الحارس مسئولا عما تحدثه وسائل النقل من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه (م ١٧٨ من القانون المدنى الجديد) ، وسيأتى تفصيل ذلك .

٥٤٧ - حوادث العمل : وليست حوادث العمل بأقل من حوادث النقل بعد تقدم المخترعات الميكانيكية وشيوع الصناعات الكبرى . ولعل حوادث النقل وحوادث العمل [illegible] أبلغ الحوادث أثراً فى تطور المسئولية التقصيرية .

وقبل صدور قانون العمل رقم ٦٤ سنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن التأمين الاجتماعى) كان القضاء المصرى لا يجعل صاحب العمل مسئولا [illegible] العامل عن حوادث العمل إلا إذا أثبت العامل خطأ فى جانب صاحب العمل [1] . ولكنه كان يكتفى بإثبات أى إهمال [2] ، ويوجب على صاحب العمل أن يتخذ الاحتياطات [illegible] اللازمة حتى يحمى العمال من مخاطر العمل وإلا كان مسئولا [3] . وتصبح [illegible] صاحب العمل أشد إذا كان العامل صبياً صغير السن [4] . ولا يستطيع صاحب [illegible]

---

(١) استئناف مختلط فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٩ - وفى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ [illegible] ٥١ - وفى ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٥ - وفى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ [illegible] وفى ١٤ يونية سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٥ - وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٢ [illegible] ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٣ - وفى ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٥١ [illegible] يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ - وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٦ - [illegible] ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٩ - وفى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩١ - وفى ٥ مارس [illegible] م ٢٥ ص ٢١١ - وفى ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٤ - وفى ١١ أبريل سنة ١٩١٧ [illegible] ص ٣٦١ - وفى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨ - وفى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ [illegible] ٢٢٩ - وفى ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨١ - وفى ٢٨ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ [illegible] وفى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ - وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص [illegible] ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧١ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ [illegible] ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ .

(٣) استئناف مختلط فى ٣ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٣ - وفى أول مايو سنة ١٩٠٢ م [illegible] - وفى ١٨ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٢ - وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص [illegible] ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٢٨ - وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٣٧ [illegible] ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٣٦ - وفى ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٩ - [illegible] ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦١ - وفى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ - وفى ١٣ [illegible] م ٣٩ ص ١٧٠ - وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ - وفى ١٩ مايو [illegible] ص ٤٩١ .

(٤) استئناف مختلط فى ٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٤ - وفى ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ [illegible] ٤١٩ ص ١٧٠ - وفى ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٤ - وفى ٢٩ نوفمبر [illegible] ص ٥٩ .

يخفف باتفاق من مسئوليته التقصيرية [1] ، وهو مسئول عن خطأ تابعه [2] . ولكن يجوز أن يتعهد بتعويض العمال تعويضاً مقدراً عن مخاطر العمل [3] . وترتفع مسئوليته إذا كان الضرر قد وقع بخطأ العامل نفسه [4] .

وبعد صدور قانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ، ثم قانون قم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الذى حل محله قانون التأمين الاجتماعى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ خضعت حوادث العمل لهذا التشريع الجديد، ولم يعد يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل [5][أ] .

---

(١) استئناف مختلط فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٨ - وفى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٢٨ - وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٠ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٦ - وفى أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٤ - وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٥١ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ - وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨٣.

(٥) أنظر آنفا فقرة ٥٢٢ فى الهامش . وانظر استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٥ .

(أ) أ - لما كان الخطأ المعنى بالفقرة الثانية من المادة ٦٨ من قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ - والمنطبق على واقعة الدعوى والذى يجيز للمصاب بإصابة عمل أو المستحقين عنه التمسك قبل صاحب العمل بإحكام قانون آخر إذا نشأت الاصابة عنه - هو خطأ صاحب العمل الشخصى الذى يرتب مسئوليته الذاتية . هو خطأ واجب الاثبات فلا تطبق فى شأنه احكام المسئولية المفترضة الواردة فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى لأن النص فى الفقرة الثانية من هذه المادة من يدل على أنه عندما يكون قد ورد فى شأن المسئولية الشيئية احكام خاصة فان هذه الاحكام هى التى تطبق دون أحكام المسئولية المفترضة الواردة فى صدر تلك المادة التى تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، لا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا اثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه .

(جلسة ١٩٩١/١/٢١ الطعن ٢٢٧٠ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٢ الطعن ٢٠١٠ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٦/٥/٥ الطعن ١٤٣٠ لسنة ٥٩ ق)

(ب) إذ خلص الحكم المطعون فيه إلى ثبوت إهمال الشركة الطاعنة فى صيانة التوصيلات الكهربائية مما أدى إلى وقوع حادث وفاة مورث المطعون ضدها ومفاد ذلك أن الحكم أقام قضاءه على أساس تحقق مسئولية الشركة الطاعنة مسئولية ذاتية مردها وقوع خطأ شخصى من جانبها يتمثل فى اهمال صيانة التوصيلات الكهربائية وليس على أساس مسئوليتها باعتبارها حارسة للشئ الذى تسبب فى وقوع الحادث .

(جلسة ١٩٩٠/٦/١٨ الطعن ٢٨٦٤ لسنة ٥٧ ق) .

(جلسة ١٩٨٩/٣/١ الطعن ٨١٠ لسنة ٥٤ ق)

٥٤٨ – المسئولية عن الأخطاء الفنية فى مزاولة المهنــة : وكثيراً ما يخطئ رجال الفن من أطباء وصيادلة ومهندسين ومحامين وغير ذلك فى مزاولة مهنهم . فالطبيب قد يخطئ وهو يقوم بعملية جراحيــة ، وقد يخطــئ الصيدلــى فــى تركيب الدواء ، والمهندس فى عــمل التصــمــيم الهندسى ، والمحامــى فــى القيــام بإجــراءات التـقـاضــى ومراعــاة المواعيــد المقررة لذلك .

وأول مـا تجـب مـلاحظتـه فى هـذا الشـأن أن مسئوليـة هؤلاء الفنيين تكون فى أكثر الأحوال مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، لأنهم يرتبطون بعقود مع عملائهم فى تقديم خدماتهم الفنية [١] . ولكن الخدمة الفنية التى يلتزمون بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية معينة هى التى تقتضيـهـا أصول المهنة التى ينتمون إليـهـا . فالتزامهم بالعقد هو إذن التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية [1] . ومن ثم يتلاقى بالنسبة إليهم معيار المسئولية العقدية بمعيار المسئولية التقصيرية . فهم فى المسئولية التقصيرية يطلب منهم أيضاً بذل العناية الفنية التى تقتضيها أصول المهنة ، فإن هذا هو السلوك الفنى المألوف من رجل من أوسطهم علمـا وكـفـاية ويقظة . فـالانحراف عن هذا المعيار ، سواء كـانت المسئولية عقدية أو تقصيرية ، يعتبر خطأ مهنياً (faute professionnelle) ، وغنى عن البيان ألا خيرة بين المسئوليتين ، فإذا كان الخطأ المهنى عقدياً جب المسئولية التقصيرية . وإذا كان معيارا الخطأ المهنى واحداً فى المسئوليتين ، فهناك فروق معروفة بين المسئولية العقدية

(١) الدكتور وديع فرج بك فى مسئولية الأطباء الجراحين المدنية مقال في مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٨ – بلانيول وريبير وأسمان ١ فقرة ٥٢٤ – جوسران ٢ فقرة ١٢٨٧ – مازو فقرة ١٤٨ وفقرة ٥٠٨ – لالو فقرة ٤٢٢ – سافاتييه فقرة ٧٧٥ – نقض فرنسى فى ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ – ١ – ٣١٤ – وفى ٢٧ يونية سنة ١٩٣٩ سيريه ١٩٤٠ – ١ – ٧٣ – وفى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ سيريه ١٩٤٠ – ١ – ٨٤ .

أما القضاء فى مصر فيقضى بأن مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية بعيدة عن المسئولية العقدية (نقض مدنى فى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦ – استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٨٥ ص ٢٥٨ – اسكندرية ومصر الوطنية فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨ .

(1) التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض ، وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن [illegible] المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته .

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ الطعن ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ١٠٦٢)
(جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ الطعن ١١١ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٠٧٥)
(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ الطعن ٣٨١ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٦٣٦)

والمسئولية التقصيرية تجعل انعدام الخيرة بين المسئوليتين ذا أهمية عملية . ونقتصر هنا على معيار الخطأ المهنى ، وهو واحد فى المسئوليتين كما قدمنا .

ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى وجوب التمييز فى مزاولة المهنة بين الخطأ العادى والخطأ المهنى . فالخطأ العادى هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولة مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة . كما إذا أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران . ومعيار الخطأ العادى هو معيار الخطأ المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى . أما الخطأ المهنى فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للمهنة ، كما إذا أخطأ الطبيب فى تشخيص المرض . ولا يسأل صاحب المهنة ، فى نظر هؤلاء الفقهاء ، عن الخطأ المهنى إلا إذا كان خطأ جسيما ، حتى لا يقعد به الخوف من المسئولية عن أن يزاول مهنته بما ينبغي له من الحرية فى العمل ومن الطمأنينة والثقة فى فنه وفى كفايته الشخصية [١] . وبهذا الرأى أخذ القضاء المختلط فى بعض أحكامه [٢] .

والتمييز بين الخطأ العادى والخطأ المهنى فى مزاولة المهنة ، فوق أنه دقيق فى بعض الحالات ، لا مبرر له . وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين فى حاجة إلى الطمأنينة والثقة ، فإن المريض أو غيره من العملاء فى حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية . والواجب اعتبار الرجل الفنى مسئولا عن خطئه المهنى مسئوليته عن خطئه العادى، فيسأل فى هذا وذاك حتى عن الخطأ اليسير . وبهذا أخذ القضاء والفقه فى فرنسا وفى مصر [٣] . والذى

(١) لوران ٤ فقرة ١١٨٧ – ديموج ٣ فقرة ٢٦٤ – سافاتييه فى تعليقه فى داللوز ١٩٣٩ – ١ – ٤٩ .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها بأن مسئولية الأطباء لا تتحقق إلا فى خطأ جسيم : ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ – ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩ – ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠ – ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤ – ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٩ – ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٠ .

(٣) سوردا فقرة ٦٧٧ مكررة – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٢٤ – لالو فقرة ٤٢٦ – مازو ١ فقرة ٥١١ . محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ يوليوة ١٩١٩ داللوز ١٩٢٠ – ١ – ٣٠ – وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢١ – ١ – ١١٩ – وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٦ – ١ – ٨٨ – وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ – ٢ – ٧٢١ – جرنيوبل فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ سيريه ١٩٤٧ – ٢ – ٣٨ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه ، سواء كان خطأ فنياً أو غير فنى ، جسيماً أو يسيراً . لهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب الذى يرتكب خطأ يسيراً ، ولو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الطبيب الذى يخطئ مسئول عن نتيجة خطئه ، بدون تفريق بين الخطأ الهين والجسيم ، ولا بين الفنيين وغيرهم ... والقول بعدم مساءلة الطبيب فى حالة خطأ المهنة إلا عن خطئه الجسيم دون اليسير ، هذا القول كان مثار اعتراضات لوجود صعوبات فى التمييز بين نوعى الخطأ ، ولأن نص القانون الذى يرتب مسئولية المخطئ عن خطئه جاء عاما غير مقيد ، فلم يفرق بين الخطأ الهين والجسيم ولا بين الفنيين وغيرهم . ويسأل الطبيب =

أدخل اللبس فى شأن الخطأ المهنى أن المعيار الذى يقاس به هذا الخطأ هو أيضاً معيار فنى فهو معيار شخصى من أوساط رجال الفن . مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول فنه . والأصول المستقرة للفن هى ما لم تعد محلا للمناقشة بين رجال هذا الفن ، بل إن جمهرتهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلا [(١)] . ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يغتفر ، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم ، فاختلط به . ولكن يجب التنبيه إلى أن أى خروج على هذه الأصول المستقرة ، جسيما كان هذا الخروج أو يسيراً ، يعد خطأ مهنياً يستوجب المسئولية . والشخص الفنى الوسط الذى يخذ معياراً للخطأ

= إهماله سواء كان خطأ جسيماً أو يسيراً ، فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨) – أنظر أيضاً استئناف مصر فى ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٥٣ ص ٨٤ – محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٥٥ ص ١٣٢ . وقضت محكمة النقض بأن الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه فى المعالجة ، ومسئوليته هذه مسئولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسئولية التعاقدية ، فقاضى الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى من غير مراقبة عليه (نقض مدنى فى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة تقضى فى الماضى بمسئولية الطبيب ولو عن خطأ يسير ما دام محققاً متميزاً (certaine et caractérisée) استئناف مختلط فى ٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٢٠ – وفى ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣ .

وانظر فى الفقه المصرى : الدكتور سليمان مرقص فى بحثه فى مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى (مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٥٥ وما بعدها) وفى مؤلفه الفعل الضار فقرة ٤٢ – فقرة ٤٤ – الدكتور وديع فرج فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها) – مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٧٠ – فقرة ٧٣ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٤٩ .

(١) أما المسائل الفنية التى تقبل المناقشة والتى لم يستقر عليها إجماع من أهل الفن ، فهذه لا اهتمام للقاضى بها ، وليس له أن يتدخل فيها برأى شخصى يرجح مذهباً على مذهب . وفى هذا المعنى تقول محكمة الإسكندرية الوطنية الكلية : «يسأل الطبيب عن خطئه فى العلاج إن كان الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء . فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها ورأى الطبيب اتباع نظرية قال بها العلماء ولو لم يستقر الرأى عليها فاتبعها فلا لوم عليه . وعلى القضاء أن يتفادى النظر فى المناقشات الفنية عند تقرير مسئولية الأطباء ، إذ مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها ، بل قاصرة على التثبت من خطأ الطبيب المعالج» (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨ وقد سبقت الإشارة إليه) – ومن ثم فالخطأ المهنى ، ولو كان يسيراً ، يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية . وفى هذا المعنى تقول محكمة استئناف مصر : «مسئولية الطبيب عن خطئه مسئولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسئولية التعاقدية . ومن حيث إنه يجب أن يترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه وهو آمن مطمئن لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيباً لا يأتيه من له إلمام بالفن الطبى إلا عن رعونة وعدم تبصر» (٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٨٥ ص ٢٥٨) .

المهنى يجب ألا يتجرد من الظروف الخارجية ، وفقا للقواعد المقررة فى هذا الصدد . فإذا كان طبيباً وجب النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمى : هل هو طبيب يزاول الطب بصفة عامة ويعالج مرضى الحى من مختلف أنواع المرض ، أو هو أخصائى لا يعالج إلا نوعاً واحداً من المرض ، أو هو العالم الثقة الذى يرجع إليه فى الحالات المستعصية . لكل من هؤلاء أجره ، ولكل مستواه المهنى ، ولكل معياره الفنى [(١)] . وما يقال فى الطبيب يقال فى المحامى والمهندس والزراعى وغيرهم من رجال الفن .

٥٤٩ – الاعتداء على الشرف والسمعة : وكثيراً ما يكون الخطأ اعتداء على الشرف والسمعة . وليس من الضرورى أن يكون المعتدى سيئ النية ، بل يكفى أن يكون أرعن متسرعاً ، وفى الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وهذا خطأ موجب للمسئولية . والاعتداء على الشرف والسمعة يقع بطرق مختلفة [(1)] .

يقع عن طريق النشر فى الصحف بالسب والقذف [(٢)] ، حتى لو انتفى سوء النية ما دامت هناك رعونة وعدم احتياط [(٣)] . ولكن يراعى عدم التشدد فى اعتبار ما ينشر

---

(١) وتقول محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى : «وبالنسبة للأطباء الاخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم ، وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيراً ، خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم ، لأن واجبهم الدقة فى التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال فى المعالجة» (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ وقد سبقت الإشارة إليه) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى الدكتور وديع فرج فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٩٩ – ص ٤٠٠ – الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ٤٤) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٨ – وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ – وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٩٨ – وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٨ .

(٣) استئناف مختلط فى ٣ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٥ – وفى ٦ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩١ – وفى ٢٧ نوفمبير سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٢ – وفى ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٤ – وفى أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٨ – وفى ٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٦ .

(1) أ – النقد المباح هو ابداء الرأى فى أمرٍ وعمل دون مساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته ، فإذا تجاوز النقد هذا الحد وجبت المساءلة باعتباره مكونا لجريمة سب أو إهانة أو قذف حسب الأحوال ، فحتى يكون النقد مباحا تعين ألا يخرج الناقد فى نقده إلى حد ارتكاب أحدى الوقائع المذكورة ، فيجب أن يلتزم الناقد العبارة الملائمة والألفاظ المناسبة للنقد وان يتوخى المصلحة العامة وذلك باعتبار أن النقد ليس إلا وسيلة للبناء لا للهدم ، فإذا ما تجاوز ذلك فلا يكون ثم محل للتحدث عن النقد المباح .

(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ١٧٢٣ لسنة ٤٩ ق س ٣٢ ص ١٦٦٢)

(جلسة ١٩٧٥/٦/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٥٦٧)

ب – إذا كان القذف طعنا فى أعمال موظف عام أو من فى حكمه وكان حاصلا بسلامة نية وغير متعد لأعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، يقبل ممن طعن اقامة الدليل لاثبات ما قذف به بكافة طرق الاثبات .

(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٣ الطعن ٨٠٣ لسنة ٥ ق س ٣٥ ص ١٣٩٩) .

فى الصحف سباً أو قذفاً فى بعض الظروف التى تقتضى الإطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة ، وذلك كظروف الحرب [1] ، وظروف الانتخابات [2] ، وفى الحملات الصحفية التى تقوم لغرض التطهير من فساد منتشر [3] ، وفى النقد العلمى والفنى البرئ [4] .

ويقع الاعتداء عن طريق البلاغ الكاذب . وليس سوء النية شرطاً فى المسئولية التقصيرية كما هو شرط فى المسئولية الجنائية . فقد يحفظ البلاغ الكاذب ويكون صاحب البلاغ مع ذلك مسئولا مدنياً لأنه كان أرعن متسرعاً ولو أنه لم يكن سئ النية [5] . كما قد يكون صاحب البلاغ غير مسئول لا جنائياً ولا مدنياً لأنه لم يكن سئ النية ولم يرتكب رعونة أو تسرعاً [6] . ويكفى لنفى التسرع والرعونة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل ما يلقى فى روعة صحة ما يبلغ عنه ولو لم يكن صحيحاً فى الواقع . ويتخذ فى هذا معيار موضوعى مجرد هو المعيار المعروف للخطأ ». فلا يكفى أن تكون هذه الدلائل قد ألقت فى روع المبلغ صحة ما بلغ عنه، بل يجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقى ذلك فى روع الشخص العادى المجرد عن الظروف الداخلية التى تحيط بالمبلغ [7] .

ويقع الاعتداء عن طريق دفاع فى دعوى يتهم فيها الخصم خصمه أو يتهم الشهود أو الخبراء تهماً غير صحيحة تنطوى على الرعونة والتسرع ، حتى لو لم يكن الخصم سيء النية فى هذا الاتهام [8] .

---

(١) استئناف مختلط فى ٢١ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٢ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٤ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٣٧ .

(٤) استئناف مختلط فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٩٠ - وفى ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٥١ . وانظر فى حدود النقد المباح من النواحى العملية والأدبية والتاريخية مازو ١ فقرة ٥١٥ .

(٥) دائرة النقض بمحكمة الاستئناف فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ - استئناف وطنى فى ١٩ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٤١ ص ٢٨٢ - استئناف مختلط فى ... مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣٢ - وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٥ .

(٦) استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦١ - وفى ١٦ يناير سنة ١٩١٨ م ... ص ١٥٦ .

(٧) أما إذا كان المبلغ موظفاً من موظفى الأمن العام فلا مسئولية عليه إذا هو بلغ قبل أن يتثبت ... الخبر إذا قامت عنده شبهات جدية كافية ، لأن التبليغ عن الجرائم واجب عليه بحقيقة ... (محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ١٦٩ ص ٣٧ ... يكفى لعدم مسئولية المبلغ أن يكون هو المجنى عليه متى قامت لدى شبهات جدية تبرر ... الموضوع مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٨٥ - مازو ١ فقرة ٥٠٠) .

(٨) استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٣٠ - وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ ... ص ٣٨٠ - وفى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢١ - وفى ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ...

ويقع الاعتداء عن طريق إذاعة أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة يمس سمعة شخص، دون أن يصطنع المذيع الحيطة الواجبة للتثبت من هذه الأخبار والإشاعات قبل إذاعتها [1] .

ويقع الاعتداء عن طريق إعطاء معلومات كاذبة ، بسوء نية أو عن رعونة [2] . ولكن المصلحة التى تذكر أسباب فصل موظف من موظفيها بناء على طلب قدم لها فى هذا الشأن لا تكون مسئولية [3] . ولا يكون مسئولا بوجه عام من أعطى معلومات عن الغير بحسن نية وبطريقة سرية وبناء على طلب معين [4] .

٥٥٠ - فسخ الخطبة والاغواء : والخطبة ، أو الوعد بالزواج ، ليست عقداً ملزماً، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج ، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فمثل هذا التقيد يكون مخالفاً للنظام العام . ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج ، إذ لم يكن خطأ عقدياً ، قد يكون خطأ تقصيرياً يوجب التعويض [5] . ومعيار الخطأ هنا هو المعيار المعروف ، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادى فى مثل الظروف الخارجية التى أحاطت بالخطيب . كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسئولية التقصيرية [1] . والأصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقاً فى التعويض إلا عن

---

(١) استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩ (وقد سبقت الإشارة إليه) . أنظر أيضا مازوا - ١ فقرة ٥٠١ .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المحاماه رقم ٤١٢ ص ٥٣٨ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٨٦ .

(٤) استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٤ .

(٥) استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ - وفى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٩ - وكفسخ الخطبة الطلاق ، كلاهما رخصة لا يجوز الانحراف فى استعمالها عن السلوك المألوف للشخص العادى . فإذا غير زوج مسيحى دينه ليطلق امرأته كان مسئولا عن التعويض (استئناف مختلط فى ٥ يونية سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٨٧) . أما الزوج المسلم إذا طلق امرأته فلا يكون فى الأصل مسئولاً إلا عن مؤخر الصداق (استئناف مصر فى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٥٨ ص ١١٩ - استئناف مختلط فى ٢٠ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٦) . ولكنه قد يكون مسئولا أيضاً عن التعويض إذا كان استعماله لرخصة الطلاق خطأ يوجب مسئوليته التقصيرية (محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٥ ص ١٠٧ - محكمة شبين الكوم فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢/٢٧٧ ص ٥٤٠ - محكمة مصر الكلية الوطنية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٦٤ ص ١١٣٣ - قارن محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٨ ص ٨٢ - وانظر فى هذا الموضوع رسالة الدكتور السعيد مصطفى السعيد) .

(1) يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن يتوافر شرائط المسئولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته افعال خاطئة فى ذاتها ومستقلة عنه استقلالا تاما ومنسوباً لأحد الطرفين وان ينتج عنه ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر فإذا كان بين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتعويض =

الضرر المادى (١) . ولكن إذا سبقه استهواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي (٢) . على أنه إذا استسلم الخطيبان للضعف الجنسى ، فلا تعويض لا لضرر مادى ولا لضرر أدبي ، حتى لو كان هناك مشروع للزواج لم يتم (٣) . وإذا كان فسخ الخطبة بين خطيبين أحدهما قاصر، فوالد الخطيبة هو المسئول إذا كان هو السبب فى الفسخ (٤) .

هذه المبادئ الواضحة ، على وضوحها ، لم تستقر فى القضاء المصرى إلا بعد اضطراب وتأرجح . فقد صدرت أحكام ، من القضاء الوطنى بنوع خاص ، تقضى بأن فسخ الخطبة لا يوجب التعويض إذ هو أمر مباح فلا سبيل إلى تحميل الخاطب الذى يعدل مسئولية عمل مشروع، والقضاء ممنوع من تقييد المباحات العامة ، كما أن تحرى العوامل التى دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التى لابست هذا الفسخ يقتضى التدخل فى أدق الشؤون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس ، هذا إلى أن الشريعة لم تحمل الزوج الذى يطلق قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذى دفعه ، فكيف يصح إلزام الخاطب بتعويض قد يربو على ذلك إن هو عدل عن الخطبة ! (٥) وفى الوقت ذاته صدرت أحكام أخرى، من القضاء الوطنى والقضاء المختلط ، تقضى بجواز التعويض عن فسخ الخطبة ، وبخاصة إذا سبق الفسخ استهواء أو سببت الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية . ذلك أن الحكمة فى جواز العدول عن الخطبة هى تمكين طرفيها من تفادى الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه ، فلا تحمى الشرائع عدولا طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه ، وخسارة نصف المهر

= للمطعون عليها عن فسخ الخطبة على ما ورد فيه من ان الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه فى مال والد خطيبته لرفضه أن يخص ابنته بنصيبها من ماله حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولا طائشاً ليس له مسوغ يقتضيه ورتبت عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض ، وأن سبب العدول على هذا النحو لاصقا بالعدول ذاته ومجرداً عن أى فعل خاطئ مستقل عنه ، فان الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض.»

(جلسة ١٩٦٠/٤/٢٨ الطعن ٤٣٨ لسنة ٢٥ ق س ١١ ص ٣٥٩)

(جلسة ١٩٦٢/١١/١٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص ١٠٣٨)

(١) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٤ – وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٢٥٢ – وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٧ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٤ .

(٤) استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ .

(٥) أنظر فى هذا المعنى استئناف مصر الوطنية فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص ٣٢٤ – وفى ... مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٥ ص ٦٨ – وفى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٠ المحاماة ... ٣/٣١٣ ص ٦٢٦ – وفى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٤٢٢ ص ٨٥٥ – ... الزقازيق الاستئنافية فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧٥ ص ١٣٢ .

فى حالة الطلاق قبل الدخول ليست إلا مقابلا للطلاق فى ذاته مجرداً عن كل ظرف آخر يجعل منه فعلا ضاراً موجباً للمسئولية المدنية ، ولا يستطيع القضاء أن يتخلى عن سلطته فى تقدير الأفعال التى يترتب عليها إضرار أحد الخطيبين بالآخر ، سواء كان ذلك بسلوكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة ، احتجاجاً بدقة تقدير مثل هذه الأمور الشخصية اللصيقة بالحرمات ، فما كانت دقة النزاع لتصلح دفعاً بعدم اختصاص القضاء بنظره ، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شئ أكثر من الأعراض والحرمات لمساسها بذات الإنسان (١) . ثم ان الأحكام التى قضت بجواز التعويض ذهب بعضها إلى أن الخطبة عقد ملزم ، العدول عن الوفاء به يوجب التعويض (٢) . ولكن الكثرة الغالبة ذهبت إلى أن التعويض إنما يعطى على أساس المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية (٣) .

والذى يمكن تقريره فى هذا الشأن ، باعتبار أن القضاء قد استقر عليه ، هو

---

(١) أنظر فى هذا المعنى استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١ – وفى ٣٠ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦٧ ص ٥٣٩ – محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣ – وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٣٠ ص ٧٣ – محكمة سوهاج الكلية فى ٣٩ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦ – استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٢٠ ص ٣٠٧ – وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩ – وفى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٦ – وفى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٢ – وفى ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٢ . ويؤيد الأستاذ مصطفى مرعى بك هذا الرأى فى كتابه المسئولية المدنية • فقرة ١١٧ – فقرة ١٢١) ويورد طائفة من أحكام القضاء التى أخذت به والتى أخذت بعكسه .

(٢) وأظهر حكم فى هذا المعنى ما قضت به محكمة سوهاج الكلية ، وقد جاء فى حكمها ما يأتى : «الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدها من أى تقدير قانونى . ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهو ارتباط قانونى وعقد قائم، وفى هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائى فى الوقت الملائم . وإنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عيناً أى إجراء هذا التعاقد النهائى لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقاً شخصياً، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض . وليس فى هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً، إذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده . ولكن إذا أجرى ذلك فى تهور أو عنف أو خاليا مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع أو لمجرد الهوى ، فإن ذلك يوجب التعويض. والتعويض الأدبى لا يقصد به الإثراء ولكن لرد الكرامة ومحو الأثر السيئ الذى تخلف عن فعل المخطئ . وتستحق الخطيبة تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج فى مجموعها ما دامت لا تضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح» (سوهاج الكلية فى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٣) وتقول محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى هذا المعنى ما يأتى : «ومنشأ المسئولية فى هذه الحالة هو الإساءة وهى فعل ضار ، فهى مسئولية عن شبه جنحة ، وليست مسئولية تعاقدية منشؤها الإخلال بعقد» . (الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣/ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

مـا يأتي : (١) الخطبةليـست بعقـد ملزم . (٢) مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجباً للتعويض (1) . (٣) إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين ، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية . وقد قررت محكمة النقض أخيراً هذه المبادئ في حكم لها جاء فيه ما يأتي : «إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج. وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فكل منهمـا أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع » وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض. ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول » قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين ، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلـك على أساس أنها هي في حد ذاتها – بغـض النظـر عـن العـدول المجرد – أفعال ضارة موجبة للتعويض» (١) .

أما الإغواء (séduction) فـلا يكون سببـاً في التعـويض إلا إذا اصطحب بالخديعة والغش أو اقترن بضغط أدبي (٢) . فإذا كانت ضحية الإغواء في سن تسمح بتدبر العواقب . كان هذا سبباً في تخفيف التعويض (٣) . وإذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان ، ورضيت المرأة أن تكون خليلة على علم من أقاربها فلا تعويض (٤) . فإذا وعد الخليل خليلته بعد هجرها بالتعويض كان هذا قياماً بالتزام طبيعي ، بخلاف ما إذا كان هذا الوعد سابقاً على المعاشرة وقد قصد منه الإغراء فيكون باطلا لعدم مشروعية السبب ، وقد يكون الإغواء سبباً للتعويض . حتى لو كان الشاب قاصراً ، فإن المسئولية هنا تقصيرية لا عقدية ، والقاصر تجوز مساءلته تقصيرياً (٥) .

---

(١) نقض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤ ص ٣٠ – أنظر أيضاً في هذا المعنى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٨٠ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ يناير سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٢٣٩ ص ٧٦ .

(٣) استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٣٨ .

(٤) استئناف مختلط في ٢ يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦٨ – وفي ٢٥ يونية سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٨ – وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٥) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٦ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ١٢٦ – محكمة الكلية المختلطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ١٧٣ ص ٦٧ .

(1) استطالة أمد الخطبة في الزواج والاحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة ، كل ذلك أمور لا تعدو سوى العدول عن اتمام الخطبة ولا تعد أعمال مستقلة بذاتها عن هذا العدول ، ومجرد العدول عن الخطبة لا يعد سببا موجبا للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال مستقلة عنه الحقت ضرراً بأحد الخطيبين .

(جلسة ١٩٦٢/١١/١٥ الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ١٠٣٨)

٥٥١ – حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري : وهناك ، عدا ما تقدم ، حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري توجب المسئولية (2) (1) . منها الأعمال التي تترتب عليها مسئولية شركات المياه والغاز والنور (١) . ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة (3) ، وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية (الماركات) ، أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجاري مقارب للاسم التجاري المزاحم . وقد تقع المنافسة غير المشروعة بإغراء عمال المتجر المزاحم على ترك متجرهم إلى المتجر الآخر . وتقع كذلك بنشر

---

(١) أنظر في هذه المسألة : استئناف مختلط في ٦ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٦ – وفي ٧ فبراير سنة ١٨٩٥م ٧ ص ١١٨ – وفي ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٢ – وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ – وفي ٥ يونية سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٩٤ – وفي ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ – وفي ١٤ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧ – وفي أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٠ – وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٩ – وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٥٤ – وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ – وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ .

(1) للمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً بالطريقة التي يراها فلا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق بغير اذن منه وإلا كان عمله عدوانا على الحق الذي اعترف الشارع للمؤلف واخلالا به وبالتالي عملا غير مشروع يستوجب مسئولية فاعله عن تعويض الضرر الناشئ عنه طبقا للمادة ١٥١ من القانون المدني القديم والتي تقابل المادة ١٦٣ من القانون المدني الجديد) .

(جلسة ١٩٦١/١٠/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٦٠٢) .

(2) خطأ الناشر الموجب للمسئولية المدنية . عدم اشتراط سوء النية لديه لتحققه . يستوى أن تكون العبارات المنشورة منقولة عن الغير أو من انشاء الناشر . مؤداه . نشر الجريدة التي يمثلها المطعون ضدهما أن الرقابة الإدارية احالت الطاعن إلى النيابة العامة لأستغلال سلطة نفوذه – اتهام له من الجريدة بمس سمعته قبل تحديد موقفه بصفة نهائية . اعتباره خطأ موجب للمسئولية المدنية . ونص الحكم دعوى الطاعن بالتعويض لأن ما نشرته الجريمة لم يتعد نقل تقرير الرقابة القضائية إلى النيابة العامة . مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه .

(جلسة ١٩٩٨/٧/٩ الطعن ١٨٨٣ لسنة ٦٢ ق السنة ٤٤)

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩ الطعن ٥٢٧ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ١٩٩٨/٧/٩ الطعن ١٨٣٣ لسنة ٦٢ق)

(3) اعمال المنافسة التي تترتب عليها مساءلة فاعليها وتقوم على اساس من المسئولية التقصيرية يمكن ردها إلى إعمال من شأنها احداث اللبس بين المنشآت أو منتجاتها أو إلى ادعاءات غير مطابقة للحقيقة أو اعمال تهدف إلى احداث الاضطرابات في مشروع الخصم أو في السوق ما يتوافر به ركن الخطأ وتعد بذلك منافسة غير مشروعة .

(جلسة ١٩٦٧/٢/١٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ٣٥١)

(جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٥٠٥)

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٦٥١)

إشاعات كاذبة عن المتجر المزاحم، وبالتشهير بعيوب هذا المتجر، وغير ذلك من وسائل المنافسة غير المشروعة [1]. ومنها الإجراءات القضائية الكيدية [2] (1)، كالدعاوى

---

(١) أنظر الموجز في النظرية العامة للالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٠ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الالتجاء إلى القضاء رخصة لا ترتب تعويضاً (استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧٢) ، إلا إذا كان مصحوباً بسوء نية أو بخطأ جسيم (استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٤ – وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١) – ومن الأمثلة على الإجراءات الكيدية الاستئناف الكيدى (استئناف مختلط في ١٠ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٥) ، والتماس إعادة النظر الكيدى (استئناف مختلط في ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) ، ومعارضة الشخص الثالث الكيدية (استئناف مختلط في ١٦ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٢) . وقضت محكمة النقض بأن إنكار الدعوى إن كان في الأصل حقاً لكل مدعى عليه ، إلا أن هذا الحق ينقلب مخبثة إذا ابتغى المدعى عليه مضارة خصمه وتمادى في الإنكار أو غلا فيه أو تحيل به (نقض مدنى في ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص ٩٣) – وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن إنكار الأخت لأخيها يعد دفاعا كيديا ، فيحكم على الأخت بتعويض الضرر المادى الذى أصاب أخاها من جراء هذا الإنكار وهى المصاريف التى صرفت منه في سبيل إثبات وراثته ، وتلزم أيضاً بتعويض الضرر الأدبى الذى أصاب أخاها بسبب إنكارها (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٩٢) – وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوارث الذى يخسر دعوى الاستحقاق في صورة دفع في معارضة ضد تنبيه بنزع الملكية وبدلا من أن يستأنف يرفع دعوى استحقاق مستقلة يكون مسئولا (١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨).

(1) أ – حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التى تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض، وسواء في هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه .

(جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٥٧٤)

(جلسة ١٩٥٩/٣/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة١٠ ص ٣٤٨)

ب – خلو الاوراق من دليل على قصد المطعون ضدهما الاساءة للطاعن عند ابلاغهما الشرطة عن واقعة غيابه عن العمل وعدم ورود ما يمكن اعتباره سبا أو قذفا في حقه بالمقالات والاحاديث المنشورة بالصحف انتهاء الحكم برفض دعواه قبلهما بالتعويض عن الابلاغ لانتفاء ركن الخطأ الصحيح

(جلسة ١٩٩٨/٦/٢٣ الطعن ٧٠٩ لسنة ٦٧ ق)

(جلسة ١٩٨١/٢/١٧ الطعن ٨٣٣ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة١٩٨٠/٣/١١ الطعن ٢٨٢ لسنة ٤٧ ق)

جـ – النقد المباح هو مجرد ابداء الرأى في أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته .

(جلسة ٢٠٠٠/٣/٣١ الطعن ٢٩٧٢ لسنة ٦٩ ق)

والدفوع الكيدية [1]، ودعاوى الإفلاس الكيدية [2]، والتنفيذ الكيدى [3]. ومنها المضار الفاحشة للجوار [4]. وقد تترتب مسئولية الحكومة لأعمال تصدر من

---

(١) أنظر : استئناف مختلط في ٧ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٦٦ – وفي ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٥ – وفي ١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠١ – وفي ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٢٠ – وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ – وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٣ – وفي ١١ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٦٥ – وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٢ – وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥ .

(٢) استئناف مختلط في ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤١ – وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٤٢ .

(٣) ويعد تنفيذاً كيديا أن ينفذ الدائن على أموال مدينه بما يزيد كثيرا على الدين ، إذا كانت هذه الأموال تقبل التجزئة بحيث كان يكفى التنفيذ على بعضها (استئناف مختلط في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٩) – ويعد كذلك تنفيذاً كيديا التنفيذ بمبالغ أكثر من المبالغ المستحقة (استئناف مختلط في ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٧) . ويعتبر الدائن الذى ينفذ بحقه مسئولا عن صحة إجراءات التنفيذ ، فإذا أخطأ فيها بما يجعل المزاد باطلا كان مسئولا عن تعويض الراسى عليه المزاد بمقتضى هذا الخطأ التقصيرى (استئناف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٥ – وفي ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ – وفي يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٠ – وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) . كذلك المدين إذا علم أن الشيء المحجوز عليه ليس ملكه ومع ذلك يترك التنفيذ يتم ويخصم الثمن الذى رسا به المزاد من دينه ، فإنه يكون مسئولا (استئناف مختلط في ٩ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٢) . ومن الأمثلة على التنفيذ الكيدى الحجز القضائي الكيدى (استئناف مختلط في٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٤ – وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١ – وفي ١١ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٢٣) ، والحجز الإدارى الكيدى (استئناف مختلط في ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ – وفي ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٤٦)، والحراسة الكيدية (استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٧) . ولا يعتبر تنفيذاً كيديا أن يوقع الدائن الحجز على محصولات المستأجر من المدين بحسن نية ولا يقدم المستأجر ما يدل على أن المحصولات له (استئناف مختلط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٥) .

أنظر في حق الادعاء وحق دفع الدعوى وحق الاستعانة بوسائل التنفيذ والتحفظ إذا كان استعمال هذه الرخص كيديا إلى مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٨٦ ٠ فقرة ١٠٢ .

(٤) ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد رسمت حداً لحق الملكية ، فقضت ألا يغلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وأن للجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذ تجاوزت الحد المألوف. فالخروج على هذا الحد الذى رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجا على حدود الحق لا تعسفاً في استعماله (قارن مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ١١١ – فقرة ١١٦) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا الصدد بأن الشركة التى تقيم مصانع وآلات في أحياء للسكن تكون مسئولة عما يقع من أضرار غير مألوفة (استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٦) . وقضت أيضا بأنه إذا نجم عن تشييد بناء ضرر للعقار المجاور ، فإن صاحب البناء والمقاول والمهندس مسئولون بالتضامن عن الضرر (استئناف مختلط في ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٢). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه اذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها أقلقت إدارتها راحة السكان في حى مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق في =

موظفيها مخالفة للقانون (١) (1).

= الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر الوطنية في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١). وقضت بألا مسئولية إذا بنيت منازل بجانب مصانع كانت موجودة قبل بناء المنازل (استئناف مصر الوطنية في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٤١ ص ٨٩).

(١) ومسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية لا تخضع للقضاء الإداري كما قدمنا. ومن ثم لم تتقرر مبادئ خاصة بهذه المسئولية الإدارية على غرار المبادئ التي قررها مجلس الدولة في فرنسا وهو مختص بنظر هذه النوع من الأقضية. والقضاء العادى في مصر يطبق في شأن مسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية قواعد المسئولية التي يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة. ويبدو ذلك بنوع خاص في رفض هذا القضاء تحميل الحكومة تبعه الأشغال العامة التي تقوم بها لمصلحة المجموع. وقد وصل مجلس الدولة في فرنسا إلى تحميل الحكومة هذه التبعة، فلا يشترط خطأ لجعل الحكومة مسئولة عن الأضرار التي تقع بسبب ما تقوم به من الأشغال العامة، وهذا ضرب من التضامن الاجتماعي إذ يعوض المجموع الفرد ما يلحقه من الضرر عن عمل تم لمصلحة المجموع.

ونذكر بعضاً من الأحكام التي صدرت من المحاكم الوطنية في مصر في شأن مسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية: نقض جنائي في ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٩ (مسئولية الحكومة عن أعمال موظفيها في أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها) – نقض مدني في ٢١ يونية سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٤٢ ص ٨٣ (مسئولية الحكومة عن إبقاء أجنبي محبوساً مدة طويلة بغرض إبعاده) – نقض مدني في ٣ يونية سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ (عدم مسئولية الحكومة عن ضرر تحقق حصوله من مشروع عام ما دام المشروع قد نفذ بطريقة فنية: ولم ترض المحكمة العليا أن تحمل الحكومة تبعة الأشغال العامة) – نقض مدني في ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ (مسئولية الحكومة عن استيلائها على أرض وسواق قبل نزع ملكيتها) – نقض مدني في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٧ ص ٣٨٧ (مسئولية الحكومة عن مرض وبائي في الأشجار المغروسة في جوانب الطرق العامة) – نقض مدني في ٤ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٣ ص ٦٢ (مسئولية الحكومة عن تشتيت المظاهرات وقتل شخص غير متظاهر – نقض مدني في ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٤ ص ٢٠٦ (مسئولية الحكومة عن ترعة سببت نشعا) – بل وقد تسأل الحكومة عن بطئها غير العادى في نقل التكليف (استئناف مختلط في ٥ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٠ ص ٩٣٩) – استئناف مصر الوطنية في ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ٧ رقم ٣٣ ص ٥٩ (مسئولية الحكومة عن الحوادث التي تقع بسبب مزلقانات السكك الحديدية: أنظر أيضا في هذه المسألة: استئناف مصر الوطنية في ٢٤ يونية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٩٠ ص ١٧٥ – وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٠ ص ١١٨٠ – استئناف مختلط في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٣١٥ ص ٦١٠) – استئناف مصر الوطنية في ١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٧ ص ٢٣٨ (تبخير وزارة الزراعة الأشجار بطريقة فنية لا يوجب مسئوليتها) – استئناف مصر الوطنية في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ ص ٧٢٠ (مسئولية الحكومة عن إهمال قلم المحضرين) – استئناف مصر الوطنية في ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٤ ص ٥٥٨ (ضرورة عدم مجاوزة المدة اللازمة لإطلاق النار على المتظاهرين) – استئناف مصر الوطنية في ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٩٤ ص ٣٩٤ (إصابة خفير شخصا خطأ بعيار نارى – أنظر أيضا استئناف مختلط في ١٩ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠١: عسكرى يطلق البندقية قبل الإنذار) – استئناف مصر الوطنية في ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة

٢ – التعسف في استعمال الحق (*)

(Abus du droit)

٥٥٢ – مسائل ثلاث: قدمنا أن الخطأ يكون لا في الخروج عن حدود الرخصة فحسب، ولا في الخروج عن حدود الحق فحسب، بل أيضا في التعسف في استعمال الحق. وقلنا إن رجال الفقه في القرن الماضي كانوا لا يرون أن الشخص يجوز عليه الخطأ وهو يستعمل حقه. ولكن نظرية التعسف في استعمال الحق – ولها جذور في أعماق الماضي السحيق – ما لبثت أن استقرت في العصر الحاضر، وثبت عليها القضاء، وسلم بها الفقه.

فنحن نتابع هذه النظرية: (١) في تطورها التاريخي إلى أن نصل بها إلى يومنا هذا لنراها مسجلة في تقنيننا المدني الجديد. (٢) ثم نبحث على أى أساس تقوم النظرية، وبأى

= ١٦ رقم ١٢٣ ص ٢٩٣ (سحب رخصة آثار مخالف للقانون) – استئناف مصر الوطنية في ٧ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٣ ص ١١٨٥ (تعويض الأهالي عن أعمال الوقاية من الفيضان كقطع جسر النيل وتصريف المياه في أرض الغير).

(1) إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتد بقرار وزير العدل بالغاء الجزاء الموقع – على كاتب جلسة – وأسبغ الحجية عليه مع أنه لا يعدو أن يكون سحبا لقرار إدارى لا يحول بين المضرور وبين اقامة الدعوى المدنية بالتعويض يدلل فيها على وقوع الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها وحصول الضرر وعلاقة السببية بينها ولو على خلاف مدلول القرار الصادر من السلطة الإدارية.

(جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧ الطعن ٤٢٧ سنة ٤١ ق مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٠٦٠)

(جلسة ١٩٦١/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٤٠٤)

(جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ مجموعة احكام النقض السنة ٨ ص ٧٨٣)

(*) بعض المراجع: مالى (في مجلة الدراسات التشريعية Bull. Soc. Et. Législatives سنة ١٩٠٥ ص ٣٢٥) – جوسران في التعسف في استعمال الحقوق سنة ١٩٠٥ – بلانيول (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ١٥٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠) – كامبيون (Campion) في نظرية التعسف في استعمال الحقوق بروكسل سنة ١٩٢٥. جوسران في روح الحقوق وفي نسبتها سنة ١٩٢٧ – بنكاز (Bonnecase) ملحق بودرى ٣ فقرة ١٨٧ وما بعدها – ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات فقرة ٨٩ وما بعدها، والنظام الديمقراطي فقرة ١١٧ وما بعدها – ديموج في الالتزامات ٦ فقرة ٦٣٤ وما بعدها – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٧٣ وما بعدها – الرسائل: بوسك (Bosc) مونبلييه سنة ١٩٠١ – كوربسكو (Corbesco) باريس سنة ١٩٠٣ – سافاتييه (Savatier) بواتييه سنة ١٠١٦ – في القانون المقارن: أحمد فتحى في نظرية التعسف في استعمال الحقوق في الفقه الإسلامي ليون سنة ١٩١٣ – ماركوفتش (Markovitch) ليون سنة ١٩٣٦ – الدكتور السعيد مصطفى السعيد بك في مدى استعمال حقوق الزوجية القاهرة سنة ١٩٣٦ – الفقه المصرى: الموجز في النظرية العامة في الالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٢ وما بعدها – مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٧٤ وما بعدها – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٥٣ وما بعدها – الدكتو سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٣٧ وما بعدها.

معيار تأخذ . (٣) ثم ننظر في حظها من التطبيق العملي في نواحي النشاط المختلفة .

أ – التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق :

٥٥٣ – نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة : ليست نظرية التعسف في استعمال الحق بالنظرية الجديدة أو المبتدعة ، بل هي نظرية قديمة عرفها الرومان ، وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم ، وتشبع بها الفقه الإسلامي . ولكنها اختفت ردحاً من الزمن بعد أن ظهرت مبادئ الفردية (individualisme) ، وأمعنت الثورة الفرنسية في الأخذ بهذه المبادئ . وبقيت مختفية طوال القرن التاسع عشر ، لا تكاد تطل برأسها في بعض أحكام القضاء حتى يتنكر لها الفقهاء ، إلى أن قيض الله لها فقيهين من أعلام الفقه الفرنسي ، هما سالي (Saleilles) وجوسران (Josserand) ، فنفضا عنها التراب، وأعادا لها الجدة . فما لبثت أن استقرت في الفقه بعد أن ثبت عليها القضاء، ثم أخذت بها التقنينات الحديثة . وأصبحت اليوم نظرية ثابتة مستقرة لا يستطيع أحد أن يفكر تفكيراً جدياً في الانتقاض عليها .

٥٥٤ – النظرية في القوانين القديمة : قلنا إن القانون الروماني عرف النظرية . يشهد بذلك ما أورده فقهاء هذا القانون من تطبيقات لها مختلفة . من ذلك أن قرر الفقيه أولبيان (Ulpien) أن من حفر بئراً في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابعة في جاره ، لا يكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر . ولكنه يكون مسئولا إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار . وقد توسع القانون البريطوري (١) (droit prétorien) في تطبيق النظرية ، حتى يتخفف من حدة القانون القديم وصرامته .

وانتقلت النظرية إلى القانون الفرنسي القديم بعد إحياء دراسات القانون الروماني في العصور الوسطى . وذهب دوما (Domat) فيما يبدو إلى أن الشخص يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا هو قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله . وكان يرى أن من يباشر إجراءات التقاضي قد يتعسف في مباشرتها فتتحقق مسئوليته (٢) .

ولم يكن الفقه الإسلامي ، وهو الفقه المشبع بروح دينية سامية تنهى عن التعسف وتأمر بالرفق والإحسان ، بأقل توسعاً من القانون الروماني في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق (٣) . بل إن القانون المدني الجديد قد حرص على أن ينتفع في صياغة النص الذي

(١) أبلتون في المجلة الدولية للتعليم سنة ١٩٢٤ ص ١٥١ .

(٢) منقول عن مازو ١ فقرة ٥٥٦ .

(٣) أنظر في هذا الموضوع رسالة المرحوم الأستاذ أحمد فتحي في نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي – الدكتور السعيد مصطفى السعيد بك في مدى استعمال حقوق الزوجية .

في هذه النظرية بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي ، واستمد من هذا الفقه الضوابط التي اشتمل عليها النص (١) .

٥٥٥ – الثورة الفرنسية والتقنين المدني الفرنسي : كان هذا العهد مشبعاً بروح الفردية كما قدمنا ، ينادي بحقوق الإنسان ، ويجعل منها حقوقا مطلقة مقدسة . فلم تكن هناك حدود جدية تقيد من حرية الإنسان في استعمال حقه ما دام لا يجوز الحدود المادية لهذا الحق. فانتكصت النظرية في ذلك العهد وفيما تلاه من العهود طوال القرن التاسع عشر. ولم يتحدث عنها أحد من الفقهاء . وساعد على ذلك أن مبدأ تحريم التعسف في استعمال الحق، إذ كان قد عرف منذ القديم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم ، كان ينقصه أن يصاغ في نظرية فقهية شاملة تجمع شتاته . وهذا ما اضطلع به رجال الفقه في القرن العشرين .

٥٥٦ – انتعاش النظرية في العصر الحاضر : كان للقضاء ثم للفقه في فرنسا الفضل في إحياء مبدأ تحريم التعسف في استعمال الحق ، فصوغ المبدأ في نظرية عامة شاملة ، ما لبث أن استقرت وأصبحت من أمهات النظريات القانونية .

بدأ القضاء الفرنسي منذ النصف الأخير من القرن التاسع عشر يقرر المبدأ في كثير من الصراحة والوضوح . فهذه محكمة استئناف كولمار (Colmar) تقول في حكمها الصادر في ٢ مايو سنة ١٨٥٥ (٢) ، وقد أدانت مالكاً أقام فوق سطح منزله مدخنة غرضه الوحيد من إقامتها أن يحجب النور عن جاره ، ما يأتي : «ومن حيث إن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية هو على وجه ما (en quelque sorte) حق مطلق ، يبيح للمالك أن ينتفع بالشيء، وأن يستعمله وفقاً لهواه (abuser) . ولكن استعمال هذا الحق ، كاستعمال أي حق آخر ، يجب أن يكون حده هو استيفاء مصلحة جدية مشروعة (intérêt sérieux et légitime) وأن مبادئ الأخلاق والعدالة لتتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة (malveillance) ، وقد رفعت تحت سلطان شهوة خبيثة (mauvaise passion) ، دعوى لا يبررها أية منفعة شخصية (aucune utilité personnelle) وهي تلحق بالغير أذى جسيماً (grave préjudice)» . وفي سنة ١٨٧١ قررت محكمة النقض الفرنسية المبدأ الآتي : «حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ . والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمله ، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك (pour nuire à autrui et sans intérêt pour lui-même)» (٣) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد ١ الباب التمهيدي ص ٣١ – ص ٣٥ .

(٢) دللوز ١٨٥٦ – ٢ – ٩ .

(٣) أنظر مازو ١ فقرة ٥٥٧ – تعليق فرون (Ferron) في سيريه ١٩٠٥ – ٢ – ١٩ .

ولكن الفقـه لم ينتبـه إلـى هذه الطلائع من أحكام القضاء الفرنسي إلا في أواخر القرن التاسع عشر . فكتب بعض الفقهاء في ذلـك [1] . علـى أن الفقيهين اللذين قادا الفقه في هذا الميدان ، في مستهل القـرن العشرين ، همـا كما قدمنا سالي وجوسران . واستأثر جوسران بالجولات الأولى والأخيرة ، فوضع منذ سنة ١٩٠٥ مؤلفاً أسماه «التعسف في استعمال الحقوق (De l'abus des droits)، جمع فيه أحكام القضاء منسقة ، واستخلص منها أصول نظرية عامة في هذه المسألة ، على غرار نظرية سبقتها في القانون الإداري هي نظرية التعسف في استعمال السلطة (détournement de pouvoir) [2] ثم كتب في سنة ١٩٢٧ مؤلفا آخر أسماه «في روح الحقوق وفي نسبيتها – النظرية المسماة بنظرية التعسف في استعمال الحق» (De l'esprit des droits et de leur relativité- théorie dite de l'abus des droits) ، كان أشمل المؤلفات في هذه المسألة وأكثرها وضوحاً .

ولم تسلم النظرية من خصوم . وأظهر من ناصب النظرية العداء هو بلانيول الفقيه الفرنسي المعروف . وهو يذهب إلى أن التعسف في استعمال الحق إنما هو خروج عن الحق، ويقول في ذلك : «ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف ، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف في استعمال حق ما ، لسبب غير قابل لأن يدحض ، هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له» [3] . وظاهر أن النقد شكلي ، إذ يكفي لرده أن نقول إن هناك نوعين من الخروج عن الحق : خروجاً صريحاً عن حدود الحق ، وخروجاً عن الحق بالتعسف في استعماله . ولا يعترض بلانيول على امتداد المسئولية إلى هذا النوع الثاني، وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاًفي استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق ، لأن التعسف في رأيه هو خروج عن حدود الحق . فالفرق إذن في التسمية لا في الحكم . أما أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفا له ، فهذا لا [illegible] فيه . ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ، ويكون في الوقت [illegible] مخالفاً للقانون [4] .

---

(١) سنكتلت (Sainctelette) في كتابه المسئولية والضمان (Responsabilité et garantie) سوزيه (Sauzet) في المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٨٨٣ ص ٦١٦ وما بعدها .

(٢) وقد كان القانون الإداري طليعة للقانون المدني في نظريات ثلاث من النظريات الرئيسية : نظرية [illegible] في استعمال الحق ونظرية الحوادث الطارئة ونظرية تحمل التبعة .

(٣) وهذا أصل ما كتبه بلانيول

[illegible]roit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif [illegible] droit quelconque, pour la raison irréfutable qu;un seul et même [illegible] peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au [illegible] (Planiol II no. 841).

(٤) الموجز في النظرية العامة للالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٤ – وجاء في هذه الفقرة أيضا [illegible] الذين ينكرون على النظرية أن من معاييرها تلمس الدافع الذي حدا بالشخص على استعمال [illegible]

ومهما يكن من أمر فإن الفقه ، منذ صاغ نظرية التعسف ونسق ما بين أجزائها ، أنار السبيل للقضاء ، فصار يمشي على هدى ، وكثرت الأحكام والتطبيقات القضائية لهذه النظرية الخطيرة . وهكذا أثر القضاء في الفقه ، ثم تأثر به . وما لبث المشرع الفرنسي أن سار هو أيضاً في هذا السبيل ، فسجل النظرية في كثير من تشريعات المتفرقة [1] .

وقد أخذت النظرية مكاناً محترماً في التقنينات الحديثة ، حتى سما بها القانون المدني السويسري إلى الصدر من نصوصه ، ليجعل منها نظرية عامة تتمشى على جميع نواحي القانون، ولم يقتصر على جعلها تطبيقاً من تطبيقات المسئولية التقصيرية تذكر في المكان الذي [illegible] فيه على هذه المسئولية [2] .

وانتقلت النظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصريين في ظل القانون القديم . أما التشريع المصري فلم يكن يشتمل على نص عام في الموضوع، وإن كان اشتمل على بعض نصوص تطبيقية [3] .

ولكـن القانـون المدنـي الجديـد احتفل بالنظريـة ، وعني بها عناية خاصـة . فأحلها

= النحو الذي اختاره ، وأن الدافع شئ نفسي يتعذر الغوص عليه في أعماق الضمير ، فينبغي أن يتنبهوا إلى أن هذا النقد لا ينصب على هذه النظرية وحدها ، بل هو يتناول كل معيار شخصي في القانون. والمعايير الشخصية كثيرة . وفي كل وقت يطلب من القاضي أن يطبقها على الأقضية التي تعرض له، فيبحث عن حسن النية وسوء النية ، وعن الغلط الدافع للتعاقد، وعن السبب الدافع كركن من أركان الالتزام ، وعن الغش والتواطؤ في الدعوى البوليصية ، وما إلى ذلك» .

أنظر في هذه التشريعات المختلفة مازو ١ فقرة ٥٥٨ .

وهـذا ما جـاء في المادة الثانيـة مـن القـانون المدني السـويسري : «يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التي يرسمها حسن النية . أما التعسف الظاهر (abus manifeste) في استعمال الحق فلا يقره القانون» . ونصت المادة ٢٢٦ من القانون الألماني على أنه «لا يجوز استعمـال حق لمجرد الإضرار بالغير» . ونصت الفقرة الثانية من المشروع الفرنسي الإيطالي على ما يأتي : «يلتزم أيضا بالتعويض كل من أوقع ضرراً بالغير ، بأن جاوز في استعمال لحقه الحدود التي يقيمها حسن النية أو الغرض الذي من أجله أعطى هذا الحق» .

انظر أيضاً المادة ١٣٥ من قانون الالتزامات البـولوني والفقـرة الثانيـة من المادة ١٢٩٥ من القـانون النمساوي والمادة الأولى من القانون السوفييتي .

مثل ذلك : م ٥٩/٣٨ – ٦٠ مدني قديم : «ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض التي عليها الحائط المذكور . ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه لمجرد إرادته ان كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوي» – م ١٢٠/١١٥ من قانون المرافعات القديم : «يجوز للمحكمة في جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات في مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى أو مرافعة كان القصد منها مكيدة الخصم» .

مكانـا بـارزاً بين نصـوصه ، وجـعلهـا نظرية عامة مكانها الباب التـمهـيدى لا المسئولية التقصيرية (١) .

ب – الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق والمعيار الذى تأخذ به :

٥٥٧ – النصـوص القانونيـة : نصـت المـادة ٤ مـن القانون المدنـى الجديـد على ما يأتى :

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «بيد أن المشروع [illegible] النص الخاص بتقرير نظرية التعسف فى استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية [illegible] النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحى القانون دون أن تكون مجرد تطبيق [illegible] العمل غير المشروع . وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند فى تطبيقها إلى قواعد المسئولية التقصيرية [illegible] قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحى القانون المدنى ، وإنما [illegible] هذه النواحى جميعاً ، بل وعلى نواحى القانون قاطبة ، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط [illegible] الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، وأنها تسرى فى شأن الحقوق العينية سريانها فى [illegible] الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام. ولذلك [illegible] يضع هذه النظرية وضعاً عاما ، محتذيا مثال أحدث التقنينات وأرقاها (أنظر المادة ٢ من [illegible] السويسرى والمادة الأولى من التقنين المدنى السوفيتى) . وقد ساعد على اختيار هذا المسلك [illegible] الإسلامية لنظرية التعسف فى استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الإسلامى بصياغة [illegible] تضارع إن لم تفق فى دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء [illegible] ذلك حرص المشروع على أن ينتفع فى صياغة النص بالقواعد التى استقرت فى الفقه الإسلامى [illegible] قواعد صدر – عنها التشريع المصرى فى التطبيقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما (المواد ٣٨ [illegible] مدنى و ١٢٠/١١٥ مرافعات واستلهمها القضاء فى كثير من أحكامه (استئناف مختلط فى [illegible] ١٩٠٥ م ١٨ ص ١٨٩ – وفى ٣ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٥) . ولهذا لم [illegible] المشروع على منوال التقنين السويسرى فى النص على أن كل شخص يجب عليه أن يباشر حقوقه [illegible] وفقاً لما يقتضى حسن النية وأن التعسف الظاهر فى استعمال حق من الحقوق لا يحميه القانون [illegible] المشروع كذلك أن يختار الصيغة التى آثرها المشرع السوفييتى إذ قضى فى المادة الأولى [illegible] المدنى بأن القانون يتكفل بحماية الحقوق المدنية إلا أن تستعمل على وجه يخالف الغرض [illegible] الاجتماعى من وجودها . وأعرض أيضاً عن الصيغة التى اختارها التقنين اللبنانى (م١٢٤) [illegible] أن تكون مزاجا من نصوص التقنين السويسرى والتقنين السوفييتى . والواقع أن المشرع [illegible] «التعسف» لسعته وإبهامه وجانب أيضاً كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها [illegible] واستمد من الفقه الإسلامى بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتمل عليها النص . ومن [illegible] الضوابط على هذا النحو يهيئ للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد ، ولا سيما أنها جميعاً [illegible] عملية انتهى إليها القضاء المصرى من طريق الاجتهاد .... وعلى هذا النحو وضع المشروع [illegible] الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ فى الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه [illegible] نظرية التعسف فى استعمال الحق ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه [illegible] يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة وأن يصل بين نصوصه وبين [illegible] أرقى نواحيه وأحفلها بعناصر المرونة والحياة» . (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى [illegible] ص٣١ – ص ٣٢ وص ٣٥) .

«من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر» (١)

ثم نصت المادة ٥ على ما يأتى :

«يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

«(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير» .

«(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها» .

«(جـ) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة» (٢) .

ويلاحظ بادئ الأمر أن القانون المدنى الجديد ، إذا كان قد آثر أن يضع هذه النصوص فى الباب التمهيدى لتكون مبدأ من المبادئ الجوهرية التى تسود جميع نواحى القانون ، لم يرد بذلك أن يقيم المبدأ على غير أساسه القانونى . فالتعسف فى استعمال الحق ليس إلا صورة من صورتى الخطأ التقصيرى على النحو الذى قدمناه ،

---

(١) تاريخ النص : لم يكن للمادة ٤ مقابل فى المشروع التمهيدى . وقد اقترح فى لجنة المراجعة وضع النص الآتى : «من استعمل حقه استعمالا جائزاً لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر» ، ليقرر المبدأ العام الذى يمهد للنص التالى الخاص بالتعسف فى استعمال الحق. فأقرت اللجنة النص وأصبح رقمه المادة ٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة «مشروعا» بكلمة «جائزا» ، وبقى رقم النص المادة ٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٩٩ – ص ٢٠٠) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «يصبح استعمال الحق غير جائز فى الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذ كان متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية (جـ) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة ، أو كانت هذه المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كان استعمال الحق من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف» . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتى : «يكون استعمال الحق غير جائز فى الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (جـ) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة» . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ٥ . ووافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة «مشروع» بكلمة «جائز» ، وبقى رقمها ٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٠ – ص ٢١١) .

فيدخل بهذا الاعتبار فى نطاق المسئولية التقصيرية [١][1].

٥٥٨ – الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق : فالأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسئولية التقصيرية [2] . إذ التعسف فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض . والتعويض هنا ، كالتعويض عن الخطأ فى صورته الأخرى وهى صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة ، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عيناً . وليس التعويض العينى – كالقضاء بهدم المدخنة التى تحجب النور عن الجار – بمخرجه عن نطاق المسئولية التقصيرية ، فإن التعويض العينى جائز فى الصورة الأخرى من الخطأ كما سنرى . ولا نحن فى حاجة إلى القول بأساس مستقل للتعسف فى استعمال الحق يتميز به عن المسئولية التقصيرية – كما ذهب بعض الفقهاء [٢] إلى ذلك –

(١) وقد ناقشت لجنة مراد سيد أحمد باشا طويلا المكان الذى يوضع فيه النص الخاص بالتعسف فى استعمال الحق . فقال أحد الأعضاء إن نظرية إساءة استعمال الحق إن هى إلا توسع فى فكرة العمل غير المشروع ، ولهذا السبب يكون مكانها المنطقى فى باب الالتزامات بين تلك التى تنشأ عن العمل غير المشروع ، وهذا هو ما أخذت به أحدث التشريعات كالمشروع الفرنسى الإيطالى والقانون البولونى والقانون اللبنانى . فقيل رداً على ذلك أن نطاق تطبيق مبدأ استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن التزامات ، بل يمتد إلى كل قانون سواء فى ذلك القانون المدنى أو القانون التجارى أو قانون المرافعات أو القانون العام . فاذا كان هناك نص ينبغى بطبيعته أن يدرج بين النصوص التمهيدية فهو ذلك الخاص بإساءة استعمال الحق . وقد أورد التقنين السويسرى نصاً بهذا المعنى فى الباب التمهيدى (م٢) . أما التقنين الألمانى فقد أفرد لهذا الموضوع نصاً تحت عنوان «فى استعمال الحقوق» (م ٢٢٦) وإذا كانت بعض التقنينات الحديثة قد أوردت هذا النص فى باب الالتزامات فما ذلك إلا لأنها حيث إن هذه التقنينات إنما جاءت خاصة بالالتزامات . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٢ و ص ٢٠٤ فى الهامش) .

(٢) أنظر بنكاز ملحق بودرى ٣ فقرة ٢٣٦ – سافاتييه فى تعليق فى داللوز ١٩٢٨ – ١ – ٧٣ .

(1) لما كان تكييف محكمة الموضوع للافعال المؤسس عليها طلب التعويض بأنها خطأ ونفى هذا الوصف عنها هو من المسائل التى تخضع لرقابة محكمة النقض وأن الأصل أنه لا جناح على من يستعمل حقه استعمالا مشروعا فلا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بغيره على نحو ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون المدنى ، وكان ما أوردته المادة الخامسة من قيد على هذا الأصل – إعمالاً لنظرية إساءة استعمال الحق – متمثلا فى أحد معايير ثلاثة يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الأضرار سواء فى صورة تعمد الإساءة إلى الغير دون نفع يعود على صاحب الحق من استعماله أو فى صورة استهانة بما يحيق بذلك الغير من ضرر جسيم تحقيقاً لنفع يسير يجنيه صاحب الحق أو إذا كانت المصالح التى يرمى هذا الأخير إلى تحقيقها غير مشروعة الأمر الذى يربط ما بين اساءة استعمل الحق وبين قواعد المسئولية التقصيرية وقوامها الخطأ .

(جلسة ١٩٨٢/٣/٢٥ الطعن ٩٩٩ لسنة ٤٨ ق)

(2) تقدير التعسف والغلو فى استعمال الحائز لحقه هو ما تستقل به محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها على ما يكفى لحمله .

(جلسة ١٩٨٥/٦/٦ الطعن ١٩١٤ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٣/٢/١٣ الطعن ٥٣٠ لسنة ٥٣ ق)

إذا نحن سلمنا بجواز الحكم بتهديد مالي فى شأنه [١] ، فإن التهديد المالى جائز فى الالتزام الناشئ عن المسئولية التقصيرية جوازه فى أى التزام آخر [٢] .

ويبقى التعسف دخلا فى نطاق المسئولية التقصيرية حتى لو كان تعسفاً متصلا بالتعاقد [٣] . فالمؤجر الذى يتمسك بالشرط المانع من الإيجار من الباطن تعسفاً منه تتحقق مسئوليته التقصيرية . ويكون مسئولا مسئولية تقصيرية كذلك من تعسف فى إنهاء عقد جعل له الحق فى إنهائه ، كعقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد المدة فيهما وكعقد الوكالة .

٥٥٩ – معيار نظرية التعسف فى استعمال الحق : فما هو إذن المعيار الذى يصلح اتخاذه لنظرية التعسف فى استعمال الحق ؟ هو دون شك المعيار عينه الذى وضع للخطأ التقصيرى ، إذ التعسف ليس إلا إحدى صورتيه كما قدمنا . ففى استعمال الحقوق كما فى إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق فى السلوك المألوف للشخص العادى . فإذا هو انحرف – حتى لو لم يخرج عن حدود الحق – عد انحرافه خطأ يحقق مسئوليته .

غير أن الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من صور التى عددها نص القانون الجديد : (١) قصد الإضرار بالغير . (٢) رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً . (٣) تحقيق مصلحة غير مشروعة . ونبحث الآن هذه الصور واحدة بعد الأخرى .

٥٦٠ – قصد الاضرار بالغير : المعيار هنا ، على الرغم من ذاتيته ، يمكن أن يندرج فى المعيار الموضوعى العام للخطأ ، فإنه لا يكفى أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادى . فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحاناً كبيراً على الضرر الذى يلحقه بالغير . فقصد الإضرار بالغير فى هذه الحالة لا يعتبر تعسفاً ، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى . أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلى الذى غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير ، اعتبر هذا تعسفاً ، ولو كان هذا

(١) وذلك كالحكم على من أقام حائطاً فى ملكه ليحجب النور عن جاره بمبلغ من المال يدفعه عن كل يوم يتأخر فيه عن إزالة هذا الحائط .

(٢) مازو ١ فقرة ٥٦٤ هامش رقم ٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن نظرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسئولية فى القانون المدنى، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليهما فى المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (القديمة). فإذا كان الحكم قد أسس قضاءه على تلك النظرية ، فإنه يكون قد أعمل القانون المدنى فى الدعوى لا قواعد العدل والإنصاف (وكان وجه الطعن هو أن الحكم خالف المادة ٢٩ من اللائحة إذ بنظرية إساءة استعمال الحق على الرغم من صراحة نص العقد فى حين أنه لا مجال للاجتهاد والاستناد إلى قواعد العدل متى كان النص صريحا) (نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ ص ٢٥٩) .

القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوى ، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق. ويكون تعسفا ، من باب أولى ، قصد إحداث الضرر غير المقترن بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضى . فلو أن شخصاً غرس أشجاراً فى أرضه بقصد حجب النور عن جاره ، كان متعسفاً فى استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع (1) .

ويجب أن يثبت المضرور أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلى إلحاق الضرر به. ويثبت هذا القصد بجميع طرق الإثبات ، ومنها القرائن المادية . ولا يكفى إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على الوجه الذى اختاره ، فإن تصور احتمال وقوع الضرر لا يفيد ضرورة القصد فى إحداثه (١) .

بقى أن نعالج فرضاً كثير الوقوع فى العمل ، هو ألا يقوم دليل قاطع على وجود النية فى إحداث الضرر ، ولكن الضرر يقع مع ذلك ، ويتبين أن صاحب الحق لم تكن له مصلحة فى استعمال حقه على الوجه الذى أضر فيه بالغير . ونرى أن انعدام المصلحة انعداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر ، كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية . وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس (٢) .

---

(١) فلو أن شخصاً يملك أرضاً للصيد، وصاد فيها ، فأصاب شخصاً آخر دون أن يتعمد ذلك، فلا يكون لديه قصد الإضرار بالغير حتى لو ثبت أنه تصور احتمال وقوع هذه الإصابة . ولا يعتبر التصرف تعسفاً، لا باعتبار أنه ينطوى على قصد الإضرار بالغير ، ولا بأى اعتبار آخر ، إذ هو لا يدخل تحت حالة من الحالات الثلاث التى يتحقق فيها التعسف فى استعمال الحق .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وأول هذه المعايير معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير . وهذا معيار ذاتى استقر الإسلامى والفقه الغربى والقضاء على الأخذ به . وقد أفرد له التقنين الألمانى المادة ٢٢٦ وهى من النصوص التشريعية التى دعمت أسس نظرية التعسف فى استعمال الحق . والجوهرى فى هذا توافر نية الإضرار ، ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه . ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالا يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك . وقد جرى القضاء أيضا على تطبيق الحكم نفسه فى حالة تفاهة المصلحة التى تعود على صاحب الحق فى هذه الحالة» (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الباب التمهيدى ص ٣٢ – ص ٣٣) .

(1) استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، وكان حقا التقاضى والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو زودا عن حق يدعيه لنفسه إلا اذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد فى الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الاضرار بالخصم ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام [illegible] نسبة الخطأ إلى الطاعن إلى ما لا يكفى لاثبات انحرافه عن حقه المكفول فى التقاضى إلى الكيد واللدد فى الخصومة فأنه يكون فضلا عما شابه من القصور قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٨ الطعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٨١٢)

(جلسة ٨٣/٦/٦ الطعن ١٣٣١ لسنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٩٦/٥/٤ الطعن ٤٤٦٤ لسنة ٦٨ ق)

٥٦١ – رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا : المعيار هنا موضوعى . وهو محض تطبيق للمعيار الرئيسى فى الخطأ ، معيار السلوك المألوف للرجل العادى. فليس من المألوف أن الرجل العادى يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً ولا يكون له فى ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر (1) . ويكون استعمال الشخص لحقه تعسفاً ، على حد ما جاء فى النص ، «إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها» . نقول ليس من السلوك المألوف للشخص العادى أن يفعل ذلك . ومن يفعل ، فهو إما عابث مستهتر لا يبالى بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه ، وإما منطو على نية خفية يضمر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها . وفى الحالين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وارتكب خطأ يوجب مسئوليته . وقد طبق المشرع هذا المعيار ، إذ جاء فى الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ من القانون المدنى الجديد ما يأتى : «ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط» (١) .

٥٦٢ – عدم مشروعية المصالح التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها : والمعيار هنا هو أيضا موضوعى ، وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتياً هو نية صاحب الحق . وهو على

---

(١) أنظر أيضاً المادتين ٨٢٦ و ١٠٢٩ من القانون المدنى الجديد . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «والثانية حالة استعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . والمعيار فى هذه الحادة مادى . ولكنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير . ويساير الفقه الإسلامى فى أخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء فى مصر وفى الدول الغربية على حد سواء» .

(المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٤)

(1) أ – إذا استخلص الحكم فى حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التى يرمى الطاعن إلى تحقيقها استعمالا لحقه المخول له بمقتضى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية فى المبنى المؤجر بالاضافة أو التعلية مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب المطعون عليه والمستأجر بسببها فأنه يكون قد طبق صحيح القانون .

(جلسة ١٩٨١/٤/٢٥ الطعن ٢ لسنة ٤٦ ق س ٣٢ ص ١٢٥٧)

ب – وقد ذهب الحكم المطعون فيه إلى أن المصالح التى يرمى الطاعنين إلى تحقيقها بطلب ازالة المنشآت التى أقامها المطعون عليهم مشوب بالتعسف لأن المصالح التى يرمى الطاعنان إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، حيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب المطعون عليهم من ازالة المنشآت التى أقاموها فى الوقت الذى لم يصيب فيه حائط الطاعنين باى ضرر ، فان الحكم يكون سليم والنعى عليه بهذا السبب فى غير محله .

(جلسة ١٩٨١/٦/٤ الطعن ٢٦٣ لسنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٨٥/٤/٤ الطعن ٢٤٤ السنة ٥٤ق)

كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ . فليس من السلوك المألوف للشخص العادى أن يسعى تحت ستار أنه يستعمل حقاً له إلى تحقيق مصالح غير مشروعة . فرب العمل الذى يستعمل حقه فى فصل عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال ، والإدارة التى تفصل موظفاً أرضاء لغرض شخصى أو لشهوة حزبية [1] ، والمالك الذى يضع أسلاكا شائكة فى حدود ملكه حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها فى أرض مجاورة أن تشترى منه أرضه بثمن مرتفع، ومؤجر العقار الذى يمتنع من الترخيص فى الإيجار من الباطن لمشترى المصنع الذى أقيم على العقار بعد أن اقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع وذلك لا توقياً لضرر بل سعياً وراء كسب غير مشروع يجتنيه من المشترى (أنظر م ٥٩٤ فقرة ثانية من القانون المدنى الجديد) — كل هؤلاء يتعسفون فى استعمال حقوقهم ، لأنهم يرمون من وراء استعمالها إلى تحقيق مصالح غير مشروعة [١] .

وقد آثر القانـون الجديد هذا المعيار على معياريـن آخرين شائعين فى الفقه ، أحدهما معيار الغرض غير المشروع (motif illégitime) ، والثانى معيار الهـدف الاجتمـاعى (but social) .

أما معيار الغرض غير المشروع فيتخلص فى أن صاحب الحق يكون متعسفاً فى استعمال حقه إذا كان الغرض الذى يرمى إليه غرضاً غير مشروع [٢] . وظاهر أن معيار «المصلحة غير المشروعة» خير من معيار «الغرض غير المشروع» . وإذا كان كلاهما يؤدى إلى نتيجة واحدة، فإن معيار «المصلحة غير المشروعة» هو تعبير موضوعى عن المعنـى الذاتى الذى ينطـوى عليه

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «الأولى حالة استعمال الحق استعمالا يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . وتعبير المشروع فى هذا المقام خير من نص بعض التقنينات على صرف الحق عن الوجهة التى شرع من أجلها . ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب ، وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب . وإذا كان المعيار فى هذه الحالة ماديا فى ظاهره ، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة . وأبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصى أو شهوة حزبية (استئناف مصر الدوائر المجتمعة فى أول مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٥٠) . وأحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأى فى التقنينات الحديثة والفقه والقضاء . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٣) .

(٢) أنظر جوسران ٢ فقرة ٢٩٦ .

(1) ولئن كانت الحكومة غير ملزمة ببيان أسباب الفصل إلا أن متى كانت هذه الاسباب ظاهرة من الصادر فأنها تكون خاضعة لتقدير القضاء ورقابته فاذا تبين أنها لا ترجع إلى اعتبارات تقتضيها المصلحة العامة ولا هى من الاسباب الجدية القائمة بذات الموظف المستغنى عنه أو المتازع فى صحتها كان عملاً غير مشروع وحقت مساءلة الحكومة فى شأنه .

(جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠ الطعن ٣١٨ لسنة ٢١ ق س ٦ ص ١٣٣٤)

(جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١ الطعن ٢٩ لسنة ١٤ ق)

معيـار «الغـرض غيـر المشـروع» . فهـو إذن أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق [١] .

ومعيار الهدف الاجتماعى يتلخص فى أن الحقوق أعطاها القانون لأصحابها لتحقيق أهداف اجتماعية . فكل حق له هدف اجتماعى معين . فإذا انحرف صاحب الحق فى استعمال حقه عن هذا الهدف ، كان متعسفا وحقت مسئوليته . وعيب هذا المعيار ، بالرغم من كونه موضوعياً ، هو صعوبة تحديد الهدف الاجتماعى لكل حق من الحقوق ، ثم خطر هذا التحديد . أما صعوبة التحديد فلأنه ليس من اليسير أن يرسم لكل حق هدف اجتماعى أو اقتصادى يكون منضبطاً إلى الحد الذى يؤمن معه التحكم ويتقى به تشعب الآراء . وأما خطر التحديد فلأن الهدف الاجتماعى هو الباب الذى ينفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة ، مما يجعل استعمال الحقوق خاضعاً لوجهات من النظر متشعبة متباينة ، وفى هذا من الخطر ما فيه . أما معيار «المصلحة غير المشروعة» فهو أبعد عن التحكم ، وأدنى إلى الاعتبارات القانونية المألوفة [٢] .

٥٦٣ — معياران فى المشروع التمهيدى حذفا فى المشروع النهائى : وقد كان المشروع التمهيدى يضيف إلى المعايير الثلاثة المتقدمة معيارين آخرين :

(١) التعارض مع مصلحة عامة جوهرية . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «والمعيار الثانى قوامه تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية . وهذا معيار مادى استقاه المشرع من الفقه الإسلامى ، وقننته المجلة من قبل إذ نصت فى المادة ٢٦ عى أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام (أنظر أيضا المواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ من المجلة) . وأكثر ما يساق من التطبيقات فى هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة فى تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة ، كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح . على أن الفكرة فى خصبها لا تقف عند حدود هذه التطبيقات ، فهى مجرد أمثلة تحتمل التوسع والقياس» [٣] . ويتبين من ذلك أن المعيار هنا أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها فى وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة ، من أن يكون معياراً يتخذه القاضى للتطبيق العملى فى الأقضية اليومية . وقد حذف فى المشروع النهائى كما قدمنا .

(٢) التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف . فقد كان نص المشروع التمهيدى يجعل استعمال الحق غير مشروع إذا كان هذا الاستعمال «من شأنه أن

(١) أنظر فى نقد معيار الغرض غير المشروع مازو ١ فقرة ٥٧٥ .

(٢) أنظر فى نقد معيار الهدف الاجتماعى مازو ١ فقرة ٥٧٢ .

(٣) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٣ — مجموعة التحضيرية ١ ص ٢٠٩ .

يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف» . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :

«والثالثة حالة استعمال الحق استعمالا من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف . والمعيار فى هذه الحالة مادى . وإذا كان الفقه الغربى لا يؤكد استقلال هذا المعيار ، إذ يلحقه بميعار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة، أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليها اسم الإفراد ، إلا أن الفقه الإسلامى يخصه بكيان مستقل . والقضاء فى مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامى (العطارين الجزئية فى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٧٨٣ – استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨) . وكانت المجلة قد قننت هذه الفقه فقضت فى المادة ١١٩٨ بأن : «كل أحد له التعلى على حائط الملك وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً» ، وعرفت الضرر الفاحش فى المادة ١١٩٩ بأنه : «كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أى يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه» . وعقبت على ذلك بتطبيقات مختلفة فى المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢ . وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الأخذ بهذه المبادئ ، ولا سيما فيما يتعلق بصلات الجوار . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن «الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها تتقيد بواجب الامتناع عن إلحاق أى ضرر جسيم بالجار ...... ويدخل فى ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه . وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادئ ذاتها»(١) . ويتبين من ذلك أن هذا المعيار الثانى ليس إلا المعيار الذى يطبق فى حقوق الجوار ، وهو معيار «الضرر الفاحش» . وقد حذف فى المشروع النهائى لأن مضار الجوار فى القانون المدنى الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً فى استعمال الحق، بل هو خروج عن حدود الحق ، وقد رأينا ذلك فيما تقدم(٢) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٤ – مجموعة الأعمال التحـ[illegible] ص ٢١٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥١ – هذا وقد كان النص الخاص بالتعسف فى استعمال الحق محل مناقشات [illegible] فى لجنتى مراد سيد أحمد باشا وكامل صدقى باشا . وقد أقرت لجنة مراد سيد أحمد باشا النص [illegible] «لا يسمح باستعمال الحق إذا تجاوز الحدود التى يمليها حسن النية أو يقرها الغرض الذى من أجله [illegible] هذا الحق» . فى لجنة كامل صدقى باشا اقترح النص الآتى : «لا يكون استعمال الحق مشروعاً [illegible] الحدود التى يقتضيها حسن النية أو الغرض الذى من أجله تقرر هذا الحق» . وذكر أن هذا النص [illegible] يردد حرفياً ما جاء بالمادة ٧٤ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٣٥ من القانون [illegible] والمادة ١٢٤ من القانون اللبنانى . وقال أحد أعضاء اللجنة إنه يبدو من مقارنة وجهات النظر [illegible] نظرية إساءة استعمال الحق تخضعه لاعتبارين أساسيين : أحدهما نفسى محض وهو نية الـ[illegible] تصرف العمل المشروع إلى قصد واحد هو الإضرار بالغير ، والثانى مادى يواجه الضرر الـ[illegible]

٥٦٤ – معايير التعسف ومعايير الخطأ : ويتبين مما تقدم أن للتعسف فى استعمال الحق على الوضع الذى جاء به القانون المدنى الجديد معايير ثلاثة : نية الإضرار ، ورجحان الضرر ، والمصلحة غير المشروعة .

ونية الإضرار هى المقابلة للخطأ العمدى . ورجحان الضرر هو المقابل للخطأ الجسيم . والمصلحة غير المشروعة هى المقابلة للخطأ غير الجسيم .

فالعمد والخطأ الجسيم متطابقان فى صورتى الخطأ : صورة التعسف فى استعمال الحق وصورة الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . أما الخطأ غير الجسيم . ففى الخروج عن حدود الحق أو الرخصة رأيناه أى انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى ، وفى التعسف فى استعمال الحق لا يكون الانحراف إلا فى حالة واحدة هى أن يرمى صاحب الحق فى استعماله لحقه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . ومن ثم يكون الخطأ غير الجسيم فى التعسف أضيق منه فى الخروج عن الحق أو الرخصة . ويرجع السبب فى ذلك إلى نصوص القانون التى ضيقت من حدود التعسف(١) . وقد يبرر ذلك أن صورة الخطأ فى التعسف

= مباشرة هذا العمل فى نطاق يجاوز الحدود المادية المرسومة له ، وقد اقترح بناء على ذلك النص التالى : «لا يجوز أن يستعمل حقه دون مصلحة تعود عليه ولمجرد قصد الإضرار بالغير» ، فهذا النص يوفق بين الاعتبارين السابق ذكرهما ، ويتضمن الشروط الأربعة المطلوبة وهى : (١) استعمال الحق . (٢) انعدام المصلحة من هذا الاستعمال . (٣) قصد الإضرار (ويستوى معه الخطأ الجسيم) . (٤) الضرر الفعلى . ورأى أحد الأعضاء أن من الخير عدم استحداث جديد فى هذه النظرية وذلك باقتباس نص قائم فى أى من التشريعات الحديثة لتجنيب المحاكم الوقوع فى العثرات التى يهيئها تطبيق نص جديد فى مثل هذا الموضوع ، واقترح اقتباس نص المشروع الفرنسى الإيطالى . واقترح أحد الأعضاء النص التالى : «يعد مسئولا كل من تجاوز حدود الغرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق» .

وتقدم أحد الأعضاء بنص آخر يجمع بين الفكرة التى عبر عنها القانون المدنى الألمانى وفكرة استعمال الحق بطريقة منافية للغرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق ، على النحو الآتى : «تنتهى مشروعية استعمال الحق إذا كان من شأنه الإضرار بالغير دون فائدة تعود على من يستعمله، أو إذا كان مخالفاً صراحة للغرض الاجتماعى الذى تقرر من أجله» . ثم اقترح أخيراً الأخذ بالنص الوارد فى المشروع النهائى للقانون المدنى الإيطالى وهو : «لا يسوغ لأحد أن يستعمل حقه بطريقة تتعارض والغرض الذى من أجله تقرر له هذا الحق» . فوافقت اللجنة على الأخذ بهذا النص وجعله المادة ٧ من الباب التمهيدى . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٤ – ص ٢٠٨ فى الهامش) .

(١) وكان القضاء المصرى فى عهد القانون القديم يطبق هذه المبادئ قبل أن ترد فى نصوص القانون الجديد . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أن نظرية الاعتساف فى استعمال الحق تسمح بأن يكون لصاحب الحق جواز انكاره بما يرجع لتقديره هو لظروفه الخاصة به ، إلا إذا استخدم بقصد التنكيل بالغير ولغير غرض جدى شريف يرجوه لنفسه من وراء الإنكار (استئناف مصر فى ٢٢ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٣) . وما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية من أنه لا يجوز استعمال الحق إذا كان الغرض الأساسى منه هو الإضرار بالغير (محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣١ ص ٧٤) . وما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فيمن اختار عمدا من بين الطرق القانونية المواتية له ما يضر منها بالغير من غير أية فائدة يجنيها ، فإنه يسـوغ =

هى صورة مستحدثة . فيحسن عدم التوسع فيها (1) .

جـ – تطبيقات مختلفة لنظرية التعسف فى استعمال الحق

٥٦٥ – تطبيقات تشريعية وتطبيقات قضائية : تنتشر تطبيقات التعسف فى استعمال الحق فى جميع نواحى القانون . وبعض هذه التطبيقات وردت فيها نصوص تشريعية خاصة فى القانون المدنى الجديد، فتسرى عليها هذه النصوص بالذات . وبعضها كان ثمرة اجتهاد القضاء المصرى فى عهد القانون المدنى القديم ، ولم يخرج القضاء فى تطبيقه لنظرية التعسف عن المبادئ التى قدمناها . فنورد بعضاً من التطبيقات التشريعية وبعضاً من التطبيقات القضائية (١) .

٥٦٦ – تطبيقات تشريعية من نصوص القانون المدنى الجديد : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١ على ما يأتى : «الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم . ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر، وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته» . فناقص الأهلية هنا إذا طلب إبطال العقد يكون متعسفاً ، فيرد عليه قصده ، ويحرم من الحق فى إبطال العقد ، ولا يؤثر هذا السبب الخفى فى أهليته . وجزاء التعسف هنا هو من الضرر من أن يقع .

= استعمال حقه ويلزم بالتعويض (استئناف مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ... ص ٦٩٨) . وما قضت به هذه المحكمة أيضا من أن التعسف فى استعمال الحق عمل غير مشروع لأنه قد تم بقصد الإضرار بالغير ، وإما لأنه انحرف عن الغرض الذى أعطى الحق من أجله ، وإما ... الحق بالغير ضرراً جسيماً (استئناف مختلط فى ٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٥) .

هذا وجزاء التعسف فى استعمال الحق يغلب أن يكون تعويضاً نقدياً . وقد يكون تعويضاً عينياً بإزالة الضرر بعد أن وقع (هدم الحائط الذى يحجب النور مثلا) ، وإما بمنع الضرر أن يقع (كما ... كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، وتعسف الدائن فى المطالبة بهذا التنفيذ فى غير مصلحة ... فإنه يمنع من ذلك ويفرض عليه أن يقتصر على تعويض نقدى : م ٢٠٣ فقرة ٢) . وسنرى أمثلة ... فى التطبيقات التشريعية للتعسف .

(١) هذا وكثيراً ما تختلط تطبيقات التعسف فى استعمال الحق بتطبيقات الخروج عن حدود ... الرخصة، وقد سبق أن بينا الفرق ما بين الوضعين .

(1) لا مساغ لما يذهب إليه الطاعن من ان مسلكه فى دعاوى الطرد وادعائه أنه المستأجر وتسية ... ذوى المطعون عليها كان استعمالا لحقه فى الادعاء والتبليغ لأن هذين الحقين ينقلبان إلى اسوء استعمالها .

(جلسة١٩/١١/١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ١٣٥)

(جلسة ٢٦/٦/١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ ص ٩٥٣)

(جلسة ٢٨/١٢/١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ١٩٤٣)

(جلسة ١٥/١٠/١٩٥٩) مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٥٧٤)

ونصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون الاثبات على ما يأتى : «يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر . على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها» . وهنا أيضاً جزاء التعسف هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٨٥ فى عقد العمل على ما يأتى : «وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب التعويض الذى يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً» . وجزاء التعسف هنا تعويض نقدى .

ونصت المادة ٦٩٦ فى عقد العمل على ما يأتى : «١ – يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل ، إذ كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط العقد، إلى أن يكون هو فى الظاهر الذى أنهى العقد . ٢ – ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله لغير ما ذنب جناه ، لا يعد عملا تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل» . وجزاء التعسف هنا أيضا تعويض نقدى .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ على ما يأتى : «ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط» . ويجوز أن يكون جزاء التعسف هنا هو إزالة الضرر بعد أن وقع ، فيقام الحائط الذى هدمه مالكه تعسفاً من جديد .

ونصت المادة ١٠٢٩ على ما يأتى : «للمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به» . والتعسف هنا فى أن يطالب مالك العقار المرتفق بقاء حق الارتفاق بعد أن زالت منفعته . والجزاء هو إزالة الضرر عيناً بإنهاء حق الارتفاق (١) .

٥٦٧ – تطبيقات قضائية : والقضاء المصرى فى عهد القانون المدنى القديم غنى بالأحكام التى تطبق نظرية التعسف فى استعمال الحق فى نواح مختلفة . ونجتزئ هنا

---

(١) أنظر فى تطبيقات تشريعية أخرى يتنوع فيها الجزاء : م ١٢٤ (التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية) – م ٥١٦ فقرة ١ (عزل الشريك من الإدارة دون مسوغ) – م ٥٩٤ فقرة ٢ (إيجار من الباطن للعقار الذى أنشئ به مصنع أو متجر) – م ٨١٥ (تعلية الحائط المشترك) – م ١٠٢٣ (زيادة عبء حق الارتفاق) – م ١٠٢٤ – ١٠٢٥ (تجزئة العقار المرتف والعقار المرتف به) – م ١٠٩٤ (إنقاص حق الاختصاص إلى الحد المناسب) – م ١١٠٦ (إدارة المرهون رهن حيازة إدارة سيئة) .

بالإشارة إلى بعض منها .

من ذلك التعسف فى استعمال حق الملكية ، إذا استعمل المالك حقه بنية الإضرار بالغير (أ) ، ويؤخذ قرينة على نية الاضرار ألا يكون للمالك نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذى اختاره مع علمه بالضرر الذى يلحق الغير . فيعتبر متعسفاً المالك الذى يقيم حائطاً فى حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له (١) . أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل على داره أو على حديقته الجار على حديقته ، فلا تعسف ولا تعويض (٢) . وإذا استعمل المالك حقه دون حيطة ، فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى وأضر بالجار ضرراً بليغاً ، كان مسئولا مثل ذلك من يبنى فى أرضه فيخالف قواعد فن البناء تقصيراً وإهمالاً فيضر بجاره (٣) . ومثل ذلك أيضا من يقيم فى ملكه مدخنة تؤذى الجار وكان يمكنه تجنب هذا الأذى لو أقام المدخنة فى مكان آخر (٤) .

ومن ذلك أيضا التعسف فى استعمال الحق فى إنهاء العقد . فرب العمل الذى يفصل عاملاً مدفوعٌ فى ذلك بعامل الانتقام يكون متعسفاً وتتحقق مسئوليته التقصيرية (٥) .

---

(١) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ – وفى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ – وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٢ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ .

(٤) استئناف مختلط فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٦ ص ٨

(٥) استئناف مختلط فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ – وانظر أيضا : استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٥ – وفى ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ – وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٣ – وفى ٢٥ يونيةسنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩١ – وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢ – وفى ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ .

(أ) وإذا استخلص الحكم فى حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التى يرمى الطاعن إلى تحقيقها باستعمال الحق المخول له بمقتضى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية فى المبنى المؤجر أو التعلية مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب المطعون عليه – المستأجر – من ضرر بسببها فأنه يكون قد طبق صحيح القانون .

(جلسة ١٩٨١/٤/٢٥ الطعن ٢ لسنة ٤٦ ق س ٣٢ ص ١٢٥٧)

ومن أمثلة صور اساءة استعمال الحق :

– اساءة استعمال حق النشر : إباحة حق النشر والنقد . شرطها . صحة الواقعة موضوع النشر أو الاعتقاد بصحتها وطابعها الاجتماعى . واقتصار الصحفى أو الناقد على نشر الخبر أو توجيه النقد موضوعى مع استعمال العبارة الملائمة وقيام حسن النية . تجاوزه ذلك إلى حد الطعن والتشهير .

جلسة ١٩٩٥/٢/٨ الطعن ١٥١٢ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٦ ص ٣٤٩)

– حق التقاضى والابلاغ والشكوى . من الحقوق المباحة . مؤدى ذلك . عدم مسئولية من يلج أبواب القضاء تمسكاً بحق أو زودا عنه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد فى الخصومة مع وضوح الحق بقصد الاضرار بالخصم .

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩ الطعن ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق السنة ٤٨ ص ١٠٢٥)

ومن ذلك أخيراً التعسف فى استعمال سلطة الوظيفة ، وهو ما يعرف فى القانون الإدارى بالتعسف فى استعمال السلطة (détournement du pouvoir) . فإذا انحرف الموظف فى أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة ، كان متعسفاً فى استعمال السلطة وتحققت مسئوليته (١) .

المبحث الثانى

الضرر

(Le préjudice)

٥٦٨ – تحديد الموضوع – الاثبات : الضرر هو الركن الثانى للمسئولية التقصيرية . فليس يكفى لتحقق المسئولية أن يقع خطأ ، بل يجب أن يحدث الخطأ ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضررا (٢)(أ) . ونتكلم هنا فى قيام الضرر فى ذاته . أما الكلام فى التعويض عن الضرر فمحله الفرع الخاص بآثار المسئولية .

---

(١) نقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٣ ص ٣ – وقد يقع التعسف فى استعمال السلطة عن طريق قرار إدارى يصدر من الموظف ، فيكون باطلا ويوجب التعويض . وكل من دعوى الإلغاء ودعوى التعويض فى هذه الحالة يكون من اختصاص محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة، ويشترك القضاء العادى مع القضاء الإدارى فى الاختصاص بنظر دعوى التعويض دون دعوى الإلغاء. وقد يقع التعسف فى استعمال السلطة عن طريق عمل مادى ، فيوجب مسئولية كل من الموظف والحكومة مسئولية تقصيرية ، ودعوى المسئولية هنا من اختصاص القضاء العادى وحده .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٤٣ – وفى ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٤ – وفى ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٩ – وفى ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ – وفى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٤ – وفى ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٢ – وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٨ وفى ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٩٧ – وفى ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ – وفى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٤٣ – وفى ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ – أنظر أيضاً : استئناف وطنى فى ١٠ يونية سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٤٠٦ .

(أ) مفاد نصوص المواد ١٦٣ ، ١٧٠ ، ١٢١ من القانون المدنى أن الضرر ركن من اركان المسئولية وثبوته شرط لازم لقيامه تبعا لذلك ، يستوى فى ايجاب التعويض عن الضرر أن يكون هذا الضرر مادياً أو أدبياً

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٦/٦/١٧ الطعن ٦٤٤ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ الطعن ٤٥٠ لسنة ٢٩ س ١٥ ص ٦٣١)

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣٠ الطعن ١٤٤ لسنة ٢٨ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٧١٦)

والمضرور هو الذى يثبت وقوع الضرر به . ووقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن [1] .

٥٦٩ – الضرر المادى والضرر الأدبى : وقد يكون الضرر مادياً يصيب المضرور فى جسمه أو فى ماله ، وهو الأكثر الغالب . وقد يكون أدبياً يصيب المضرور فى شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أى معنى آخر من المعانى التى يحرص الناس عليها . ونتكلم فى كل من هذين النوعين .

المطلب الأول

الضرر المادى

٥٧٠ – شرطان : الضرر المادى هو إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية . ويجب أن يكون هذا الأخلال محققاً ، ولا يكفى أن يكون محتملا يقع أو لا يقع .

فللضرر المادى إذن شرطان : (١) أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور (٢) أن يكون محققاً . ونبحث كلا من هذين الشرطين .

١ – الاخلال بمصلحة مالية للمضرور

٥٧١ – الضرر إخلال بحق أو بمصلحة : قد تكون المصلحة المالية للمضرور حقاً أو مجرد مصلحة مالية . ونستعرض كلا من الفرضين .

٥٧٢ – الضرر إخلال بحق للمضرور : لكل شخص الحق فى السلامة : سلامة حياته وسلامة جسمه . فالتعدى على الحياة ضرر ، بل هو أبلغ الضرر . وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأى أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبد نفقة فى العلاج هو أيضاً ضرر مادى [2] .

والتعدى على الملك هو إخلال بحق ويعتبر ضرراً . فإذا أحرق شخص منزلا لآخر ، أو قلع زراعته ، أو خرّب أرضه ، أو أتلف له مالا كأثاث أو عروض أو غير ذلك ، كان ضرراً مادياً أصاب المضرور فى حق ثابت له . وكل إخلال بحق مالى ثابت ، عينياً كان الحق أو شخصياً ، هو ضرر مادى [1] . والأمثلة على ذلك كثيرة نجتزئ بما قدمناه منها .

---

(١) ووقوع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض . ولكن الشروط الواجب توافرها فى الضرر وجواز التعويض عن الضرر الأدبى ، وانتقال هذا التعويض إلى الورثة، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار ص ٣٠) .

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٥ يونية سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤١٢ ص ٢٥١ .

(1) ولئن كان من المقرر أن تعيين العناصر المكونة للضرر والتى يجب أن تدخل فى حساب التعويض من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض بما يوجب على محكمة الموضوع أن تبين فى مدونات حكمها عناصر الضرر الذى قضت من أجله بهذا التعويض وأن لها تقدير ذلك دون رقابة عليها فى ذلك ما دامت قد استندت إلى أدلة مقبولة وبحسبها أن تكون قد ...

وقد يصيب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر . فالقتل ضرر أصاب المقتول فى حياته ، وعن طريق هذا الضرر أصيب بضرر أولاد المقتول بحرمانهم من العائل ، وهذا عدا الضرر الأول الذى أصاب المقتول نفسه [1] . والحق الذى يعتبر الإخلال به ضرراً أصاب الأولاد تبعاً هو حقهم فى النفقة قبل أبيهم [2] . وقد يكون المضرور تبعاً دائما للمصاب لا بنفقة ولكن بحق آخر ، فالإخلال بهذا الحق يعتبر ضرراً بالتبعية . مثل ذلك دائن يطالب المدين بعمل يستوجب تدخله الشخصى ، وقد قتل المدين ، فللدائن مطالبة

= عناصر الضرر الذى قدرت التعويض على أساسه .

(جلسة ١٩٩٠/٤/٤ الطعن ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣٠ الطعن ١٤٤ لسنة ٢٨ ق س ١٣ ص ٧١٦)

(١) استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧ – وفى ٢٨ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ .

(٢) ويكفى أن يكون من فقد العائل له حق فى النفقة ولو لم يكن يعال بالفعل ، ذلك أن فقد العائل قد أضاع عليه حقاً ثابتاً هو حقه فى النفقة . أما إذا كان ليس له حق فى النفقة ولكن كان يعال فعلا ، فسنرى أن الضرر الذى ينزل به فى هذه الحالة يكون إخلالا بمصلحة مالية لا إخلالا بحق ثابت – أما الزوج فلا يطالب بتعويض عن ضرر مادى بسبب موت زوجته لأن الزوج لا تجب له النفقة على زوجته (استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٦) . ولكن الزوجة تطالب بتعويض عن الضرر المادى لأن لها النفقة على زوجها ، فإذا ما تزوجت ثانية بعد موت زوجها الأول كان هذا محل اعتبار فى تقدير التعويض (استئناف مختلط فى ٧ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١) . ولا يتقاضى الوالد تعويضاً عن ضرر مادى أصابه من موت ولده الصغير إلا إذا كان الوالد يستفيد من عمل ولده (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ – وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٥) – ولا تدخل فى تقدير التعويض ما أنفقه الوالد فى تعليم ابنه المصاب فإن التعليم واجب عليه (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٣) – وانظر عكس ذلك استئناف مختلط فى ٥ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) .

والقضاء مضطرد فى جواز الحكم بتعويض عن الضرر المادى الذى يصيب من فقد العائل (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ – وفى أول يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٢ – وفى ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩٢ – وفى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ – وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ – وفى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ – وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٣٢ ص ٢٩٣) . وهذا الحق ليس ميراثا يتلقاه بل هو حق شخصى له، فلا يعطى بنسبة النصيب فى الأرث بل بمقدار الضرر الذى وقع (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٦ – وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨) . ولا ينتقل حق التعويض إلى ورثة من فقد العائل حتى لو مات هذا بعد رفع الدعوى (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٥) . أما إذا ثبت أن أقارب المصاب مستقلون عنه وأنه ليس يعولهم فلا حق لهم فى التعويض : استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢٢ (بنت متزوجة) – وفى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ (شقيقة تزاول مهنة تستطيع أن تعيش منها) – وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ (بنت متزوجة وتعيش مستقلة مع زوجها وأولاد بلغوا سن الرشد موظفون فى الحكومة ويعيشون مع والدهم ولكنه لا ينفق عليه بل هم الذين يساعدونه) .

القاتل بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء فقد مدينه وفوات الفرصة عليه فى تنفيذ العمل . أما إذا كان الدائن يستطيع أن يحصل على حقه من غير تدخل المدين، فلا يكون ثمة ضرر . ذلك أن التركة إذا كانت موسرة استطاع الدائن أن يتقاضى منها حقه ، وإذاكانت معسرة فقد ثبت أن المدين كا ن معسراً قبل موته ولم يحدث للدائن ضرر بالموت .

٥٧٣ – الضرر إخلال بمصلحة مالية للمضرور : وقد يكون الضرر إخلالا لا بحق للمضرور ولكن بمجرد مصلحة مالية له [1] . مثل ذلك أن يصاب عامل فيستحق معاشاً عند رب العمل ، فيكون المسئول عن إصابة العامل قد أصاب رب العمل فى مصلحة مالية له إذ جعله مسئولا عن معاش العامل ، والاخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضرراً . ومثل آخر للمصلحة المالية التى يصاب فيها المضرور أن يفقد عائله دون ان يكون له حق ثابت فى النفقة، وهذا بخلاف من له حق ثابت فى النفقة فإن الضرر يصيبه في حق لا في مصلحة. ويقع ذلك إذا كان شخص يعول أحداً من أقاربه أو ممن يلوذ به دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه ، فمن يعال إذا فقد العائل يكون قد أصيب فى مصلحة مالية – لا فى حق – إذا هو أثبت أن العائل كان يعوله فعلا وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك فى المستقبل كانت محققة ، فيقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى له بتعويض على هذا الأساس [2] . كذلك الضرر الذى يصيب الخطيبة من فقد خطيبها يقاس بمقدار ما كلفتها الخطبة من نفقات وبمقدار ما ضاع عليها من فرصة فى إتمام الزواج ،

---

(1) الضرر المادى الذى يجوز التعويض عنه وفقا لأحكام المسئولية التقصيرية يتحقق اما بالاخلال بحق ثابت للمضرور يكفله القانون أو بالاخلال بمصلحة مالية له . ولا ريب ان حق الانسان فى سلامة جسده يعد من الحقوق التى يكفلها القانون وجرم التعدى عليه ، فاتلاف عضو أو احداث جرح أو اصابة الجسم بأى أذى آخر من شأنه الاخلال بهذا الحق ويتحقق بمجرد قيام الضرر المادى ، فإذا ما ترتب على الاعتداء عجز للمضرور عن القيام بعمل يرتزق منه وتأثير علي قدرته في أداء ما يكتسب منه رزقه أو تحميل نفقات علاج ذلك كله يعتبر اخلال بمصلحة مالية للمضرور يتحقق به كذلك قيام الضرر المادى .

(جلسة ١٩٩٠/٦/١٤ الطعن ٢٩٤ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٨٥/٥/٩ الطعن ١٧٧٣ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٤/٤/٢٩ الطعن ٢٥٨ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١١٣٥)

(جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن ٣٦٢ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ٦٤٦)

(2) أ – يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الاخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققابأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه فى المستقبل حتميا فان اصاب الضرر [illegible] بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر فلابد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية [illegible] يعتبر الاخلال بها ضرر أصابه .

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ الطعن ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٩٤١)

(جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥ الطعن ٧٨٥ لسنة ٦٧ ق)

وهذا أمر يترك تقديره للقاضى [1] .

ويراعى أن المصلحة المالية التى يعد الأخلال بها ضرراً هى المصلحة المشروعة . أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها ، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض. فالخليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها ، لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة . أما الولد الطبيعى والأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك ، لأن العلاقة فيما بينهم، وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة ، هى فى ذاتها مشروعة [2] .

٢ – تحقق الضرر

٥٧٤ – الضرر الحال والضرر المستقبل : ويجب أن يكون الضرر محقق الوقوع ، بأن يكون قد وقع فعلا ، أو سيقع حتما [3] .

مثل الضرر الذى وقع فعلا – وهو الضرر الحال – هو أن يموت المضرور أو يصاب بتلف فى جسمه أو فى ماله أو فى مصلحة مالية له على النحو الذى قدمناه .

= ب – العبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاه آخر هى ثبوت أن المتوفى كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى له بالتعويض على هذا الأساس ، أما مجرد احتمال وقوع الضرر فى المستقبل فلا يكفى للحكم بالتعويض .

(جلسة ١٩٩٤/٤/٢٧ الطعن ٢٩٢١ لسنة ٥٧ ق لسنة ٤٥ ص ٧٧٤)

(جلسة ١٩٩٠/٣/٢٩ الطعن ٢٤٣٦ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥ الطعن ٢٠٢٠ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ الطعن ٢٢٢٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٣ ص ٧١٦)

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ الطعن ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٩٤١)

(١) أما المتعاملون مع المصاب ، كالحائك والقصاب والحجام ، فإن مجرد تعاملهم معه لا يكفى لتوليد مصلحة محققة يكون الإخلال بها ضرراً ، بل يجب أن يكون هناك عقد بينهم وبين المصاب ، فيكون الضرر هو الإخلال بحق نشأ من هذا العقد لا بمصلحة مالية فحسب (مازو ١ فقرة ٢٧٧ – ٦).

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٢٧٧ – ٧ إلى فقرة ٢٩١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعى المدنى الحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر المدعى ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد، واقعاً ولو فى المستقبل . ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفى بالبداهة (نقض جنائى فى ١٦ يونية سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٤١ ص ٧٤٦) . وانظر أيضاً طنطا الاستئنافية فى ٤ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٧٦ ص ٥٠ – وانظر فى القضاء المختلط : استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللى م ١٧٩ رقم ٩ – وفى ١٠ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٨ – وفى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٠ – وفى ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١١٠ – وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٣ – وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥ – وفى ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ – وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ – وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٧ .

ومثل الضرر الذى سيقع حتما – وهو الضرر المستقبل – هو أن يصاب عامل فيعجز عن العمل ، فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذى وقع فعلا من جراء عجزه عن العمل فى الحال، بل وعن الضرر الذى سيقع حتما من جراء عجزه عن العمل فى المستقبل (1) . فإذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فوراً قدره القاضى وحكم به كاملا . أما إذا كان لا يمكن تقديره ، فقد يرجع ذلك إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولا، كما إذا أصيب العامل فى ساقه وتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت الساق ستبتر أو ستبقى. فللقاضى فى هذه الحال أن يقدر التعويض على كلا الفرضين ويحكم بما قدر ، ويتقاضى العامل التعويض الذى يستحقه وفقاً لأى من الفرضين يتحقق فى المستقبل . وقد يرجع عدم إمكان التقدير فى الحال إلى أن العامل سيبقى عاجزاً عن العمل عجزاً كلياً أو جزئياً طول حياته ، ولا يعلم أحد فى أى وقت يموت ، فيجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يجعل التعويض إيراداً مرتباً مدى الحياة . وقد يرجع عدم إمكان تقدير الضرر إلى أسباب أخرى ، فيجوز للقاضى بعد أن يقدر الضرر وفقاً لما تبينه من الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير (1) . وقد أشار إلى هذه الفروض القانون

---

(1) أ – من المقرر أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الاخلال بمصلحة مالية للمضرور أن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه فى المستقبل حتميا، ولا يلزم المدين فى المسئولية العقدية فى غير حالتى الغش والخطأ إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

(جلسة ١٩٨٤/٣/٢٩ الطعن ٨٢٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ٨٧٨)

(جلسة ١٩٩٥/١/٢٥ الطعن ٨٨٣٥ لسنة ٦٤ ق).

ب – من المقرر أنه يكفى فى تقدير التعويض عن الضرر أن يكون مواسيا للمضرور ويكفل رد اعتباره وهو ما يتوافر بما يراه القاضى مناسباً فى هذا الصدد تبعا لواقع الحال والظروف الملابسة وذلك دون غلو فى التقدير ولا اسراف ولو كان هذا التقدير ضئيلا ما دام يرمز إلى الغاية منه ، ويحقق النتيجة المستهدفة به.

(جلسة ١٩٨٥/١/٨ الطعن ١٣٦٨ لسنة ٥٠ ق)

جـ – ولئن كانت العبرة فى تقدير قيمة التعويض قيمة الضرر هى بقيمته وقت الحكم بالتعويض [illegible] بقيمته وقت وقوعه إذ يلتزم المسئول عن الخطأ بجبر الضرر كاملا ولا يكون التعويض كافيا لجبره [illegible] يراع فى تقديره قيمة الضرر وقت الحكم ما لم يكن المضرور قد اصلح الضرر بمال من عنده [illegible] له عندئذ ان يرجع بغير ما دفعه فعلا مهما تغيرت الاسعار وقت الحكم .

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٣ الطعن ٤٣٨ لسنة ٥٦ق)

(١) وقد جرى القضاء فى عهد القانون القديم على هذا المبدأ ، فكان يسمح للمضرور أن يطالب [illegible] مؤقتاً ثم يستكمله بعد ذلك فى دعوى تالية . وقضت محكمة النقض فى هذا المعنى [illegible] دخل شخص مدعياً بحق مدنى أمام محكمة الجنح طالباً أن يقضى له بمبلغ بصفة تعويض [illegible] الضرر الذى أصابه بفعل شخص آخر ، مع حفظ الحق له فى المطالبة بالتعويض الكامل [illegible] عنه بقضية على حدة ، وقضى له بالتعويض المؤقت ، فذلك لا يمنعه من المطالبة بتكملة [illegible] أن يتبين له مدى الأضرار التى لحقته من الفعل الذى يطلب التعويض بسببه . وقالت المحكمة [illegible] الحكم ما يأتى : «... أن المطعون ضده إذا كان قد تدخل فى دعوى الجنحة وطلب فيها [illegible]

المدنى الجديد . فقضى فى المادة ١٧٠ بأن «يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مراعياً فى ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير» (١) (1) . وقضى فى الفقرة الأولى من المادة ١٧١ بأن «يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف . ويصح أن يكون التعويض

جنيهات تعويضاً عن الحادثة التى يطلب التعويض بسببها الآن ، فلقد حدد قدر التعويض وصفته وأثبتت محكمة الجنح له أنه إنما يطلب تعويضاً مؤقتاً (أى شيئاً بسيطاً مما يستحق له من التعويض) محتفظاً بحقه فى طلب التعويض الكامل من المسئولين عنه بعد أن يبين الزمن مدى الأضرار التى نشأت له من الحادثة .. كل هذا قد بينه الحكم المطعون فيه بصدوره على هذا الوضع ، وأكد أن المطعون ضده لم يستنفد فى دعوى الجنحة ما كان له من حق . فموضوع هذه الدعوى هو إذن غير موضوع الدعوى الأولى، بل هو تكملة له كما قال الحكم المطعون فيه (نقض مدنى فى ٧ يونية سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٠ ص ٤١٥). أنظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٤٢٢ – نقض جنائى فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٧ رقم ٤٩ ص ٩٨ – المنصورة الكلية الوطنية فى ١٢ سبتمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٣٠ ص ٣٩٥ – استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٨ – وفى ٢٩ نوفمبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٠ .

وقد جرت العادة عندما كان القضاء المختلط قائماً ، إذا كانت دعوى المسئولية من اختصاصه والدعوى الجنائية من اختصاص المحاكم الوطنية ، أن يدخل المضرور مدعياً مدنياً فى الدعوى الجنائية بمبلغ ضئيل على سبيل التعويض المؤقت ، ثم يرفع دعوى المسئولية أمام المحاكم المختلطة مطالباً بتعويض كامل (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٣) .

هذا ويراعى أن التعويض المؤقت غير النفقة المؤقتة التى سيأتى ذكرها فيما يلى عند الكلام فى تقدير التعويض .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «وقد لا يتيسر للقاضى أحيانا أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً كما هو الشأن مثلا فى جرح تستبين عقباه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن. فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقوتاً بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم على أن يعيد النظر فى قضائه بعد فترة معقولة يتولى تحديدها . فإذا انقضى الأجل المحدد أعاد النظر فيما حكم به ، وقضى للمضرور بتعويض إضافى إذا اقتضى الحال ذلك، وعلى هذا سار القضاء المصرى». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٣) . وقيل فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى صدد الاعتراض على النص بمبدأ قوة الشئ المقضى ما يأتى : «إذا رأى القاضى أن الموقف غير جلى، واحتفظ فى حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلى خلال مدة يعينها، فلا يتنافى ذلك مع قاعدة حجية الأحكام». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٤).

(1) إذا كان المدعى المدنى امام محكمة الجنح قد طلب القضاء له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عن الضرر الذى أصابه مع حفظ حقه فى المطالبة بالتعويض الكامل وقضى له بالتعويض على هذا الأساس ، فإن ذلك لا يحول بينه وبين المطالبة بتكملة التعويض امام المحكمة المدنية لأنه لا يكون قد استنفد كل ماله من حق أمام محكمة الجنح ، ذلك أن موضوع الدعوى امام المحكمة المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى بل هو تكملة له .

(جلسة ١٩٥٥/١١/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ٦ ص ١٤٩٥)

(جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ ص ٧٣٦)

(جلسة ١٩٧٧/٢/٨ الطعن ٤٨٥ لسنة ٤٢ ق س ١٨ ص ٣٩٥)

مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين [illegible] تأميناً»[1] . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعويض .

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقعاً وقت الحكم بالتعويض فلا [illegible] حساب القاضي عند تقديره ، ثم تتكشف الظروف بعد ذلك عما تفاقم منه ، [illegible] بصر العامل الذي أصيب في عينه أو أن تؤدي إصابته إلى وفاته . فهنا يجوز [illegible] لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد [illegible] حساب القاضي عند تقدير التعويض الأول ، ولا يمنع من ذلك قوة الشيء المقضي [illegible] الضرر الجديد لم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضي فيه . ولا يعتبر نزول النقد [illegible] شأنه أن يزيد في الضرر ، فإذا حكم لشخص بإيراد مرتب تعويضاً عن الضرر الذي [illegible] وقدر الإيراد بمبلغ من النقود ، ثم انخفضت قيمة النقد بعد ذلك ، فلا يستطيع [illegible] يطالب بإعادة النظر في تقدير الإيراد ، ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعي فيه [illegible] كافياً لنفقة المضرور ، فيجوز عند ذلك زيادة الإيراد أو إنقاصه تبعاً لانخفاض [illegible] ارتفاعها[2] . أما إذا كان القاضي قدر قيمة الضرر وحكم بالتعويض وفقاً لهذا [illegible] تكشفت الظروف بعد ذلك عن تناقص الضرر تناقصاً لم يكن متوقعاً ، كأن [illegible] بتعويض عن إصابة أدت إلى كف بصره ، ثم تبين بعد ذلك أن العامل قد استرد [illegible] الإبصار ، فلا يجوز في هذه الحالة أن يعاد النظر في تقدير التعويض لإنقاصه لأن [illegible] قد حاز قوة الشيء المقضي[3] .

٥٧٥ – الضرر المحتمل : ويجب التمييز بين الضرر المستقبل ([illegible]ej. futur) [illegible] ضرر محقق يجب التعويض عنه على ما بينا – والضرر المحتمل ([illegible]éventuel) [illegible] ضرر غير محقق ، قد يقع وقد لا يقع ، فلا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا [illegible] مثل ذلك أن يحدث شخص بخطئه خللا في منزل جاره ، فالضرر المحقق هنا [illegible]

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي : «والأصل في التعويض أن [illegible] المال ، ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره ، فيكون مثلا إيراداً مرتباً يمنح لعامل تقعده [illegible] العمل عن القيام بأوده . ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم [illegible] مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغي التمييز بين التعويض من طريق [illegible] تقدير تعويض موقوت مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافي» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٧) .

(٢) مازو ١ فقرة ٢٢١ .

(٣) مازو ١ فقرة ٢٣٠ .

(I) أن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً محققا بمعنى آن يكون قد وقع أو [illegible] الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع فان التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلا

(جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ الطعن ٢٥ لسنة ٢٧ ق س ١٦ ص ٥٧٠)

(جلسة ١٩٥٩/١٢/٣ الطعن ٢٩٩ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٧٥٠)

هذا الخلل ، ويلتزم المسئول بإصلاحه ، ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل إذا لم يكن من المحقق أن الخلل سيؤدي إلى انهدامه . ويتربص صاحب المنزل حتى إذا انهدم منزله فعلا بسبب هذا الخلل ، رجع على المسئول بالتعويض عن ذلك[1] .

٥٧٦ – التعويض عن تفويت الفرصة : كذلك يجب التمييز بين الضرر المحتمل – وهذا لا يعوض عنه على النحو الذي مر[1] – وتفويت الفرصة (perte d'une chance) ويعوض عنه . ذلك أن الفرصة إذا كانت أمراً محتملاً ، فإن تفويتها أمر محقق . وعلى هذا الأساس يجب التعويض[2] ، فإذا أهمل محضر في إعلان صحيفة الاستئناف إلى أن فات

---

(١) أنظر في عدم جواز التعويض عن ضرر محتمل إلا إذا وقع فعلا : استئناف مختلط في ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٢ – وفي ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٧٦ .

(1) ان الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً محققاً بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتما اما الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع فان التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلا ، أما الضرر الاحتمالي فلا يصح التعويض عنه وبالتالي فان قضاء الحكم بالتعويض عن هذا الضرر يكون مخالفا للقانون .

(جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ الطعن ٢٥ لسنة ٢٧ ق س ١٦ ص ٥٧٠)

(جلسة ١٩٥٩/١٢/٣ الطعن ٢٩٩ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٧٥٠)

(2) أ – من المقرر أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فان تفويتها أمر محقق يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنها ، ولا يمنع القانون من ان يدخل في عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمر قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقا للمجرى الطبيعي للأمور ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع .

(جلسة ١٩٩٤/١١/١٠ الطعن رقم ٤٣٠٠ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٥ ص ١٣٦٣

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٣ الطعن ١٢٨١ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٣٠ الطعن ٤٣٥ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ الطعن ١٣٨٠ السنة ٥٢ق س ٣٤ ص ١٠٩٦)

ب – من المقرر أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فان تفويتها أمر محقق ، ولا يمنع القانون من ان يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى وصف تفويت الفرصة على الطاعنين في رعاية ابنهما لهما في شيخوختها بأنه احتمال ، فخلط بذلك في الرعاية المرجوة من الابن لأبويه وهو أمر احتمالي وبين تفويت الأمل في هذه الرعاية وهي أمر محقق ، ولما كان الثابت في الأوراق أن الطاعن الأول قد بلغ سن الشيخوخة وأنه احيل إلى المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه الذي كان طالبا في الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاماً الأمر الذي يبعث الأمل عند أبويه في أن يستظلا برعايته، واذا افتقداه فقد فاتت فرصتهما بضياع أملهما ، فان الحكم المطعون فيه إذا استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٦ الطعن ٨٦٠ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٣٦١)

جـ – إذا كان الحرمان من الفرصة هو ضرر محقق ولو كانت الافادة منها أمرا محتملا وكان البت أن الطاعنين أقاموا الدعوى بطلب التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن امتناع المطعون ضده عن طبع =

ميعاده ، أو قصرت جهة عقدت مسابقة فى إخطار أحد المتسابقين عن ميعاد المسابقة فقام التقدم إليها ، فإنه إذا كان لا يمكن القول إن المستأنف كان يكسب الاستئناف حتما لو أنه رفع فى الميعاد ، أو أن المتسابق كان يفوز حتما فى المسابقة لو أنه تقدم إليها ، فلا يمكن القول من جهة أخرى إن الأول كان يخسر الاستئناف حتما ، وأن الثانى كان لا يفوز حتما فى المسابقة . وكل ما يمكن قوله إن كلا منهما قد فوتت عليه فرصة الكسب أو الفوز. وهذا هو القدر المحقق من الضرر الذى وقع . وعلى القاضى أن يقدر هذا الضرر ، بأن ينظر إلى أى حد كان الاحتمال كبيراً فى كسب الاستئناف أو فى الفوز فى المسابقة ، ويقضى بتعويض يعدل هذا الاحتمال . والأمر لا شك يتسع فيه مجال الاجتهاد ويختلف فيه التقدير، وعلى القاضى أن يأخذ بالأحوط وأن يتوقى المبالغة فى تقدير الاحتمال فى نجاح الفرصة [1] .

ومما جرى به القضاء المصرى التعويض عن تفويت فرصة النجاح فى الامتحان [2] والتعويض عن تفويت الفرصة فى كسب دعوى الشفعة [3] ، والتعويض عن تفويت الموظف الفرصة فى الترقية إلى درجة أعلى [4] .

=مؤلفهم وحبس اصول عنهم خلال السنوات المقام بشأنها الدعوى بما ضيع عليهم فرصة تنـ... خلال تلك المدة وهو ضرر محقق ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض طلب التعويض على... من أن هذا الضرر احتمالي يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٨٥/٣/١٤ الطعن ٨٣٧ لسنة ٥٢ ق س ٣٦ ص ٤٠٣)

(١) مازو ١ فقرة ٢١٩ .

(٢) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن يحكم للطالب الذى يحرم دون حق من الامتحان... إعطائه الفرص التى أباحها القانون ، بتعويض مناسب (مصر الكلية الوطنية فى ٢٣ نوفمبر سنة ... الجريدة القضائية ٥٣ ص ٤٩).

(٣) ففى قضية ترتب على إهمال محضر فى إعلان عريضة دعوى الشفعة أن سقط الحق فيها ، وقضت محكمة الاستئناف الوطنية أن ليس لها إلا أن تتحقق من الوقائع التى تثبت تولد الشفعة ، فلا يجوز أن تفصل بنفسها فى حقوق الأخصام فى دعوى الشفعة كما كان يفصل فيها لو قدم موضوع... إلى المحكمة ، وإنما عليها أن تحكم بتعويض إذا ترجح لديها احتمال نجاح الشفيعة فى دعواها (... وطنى فى ٧ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣٤ ص ٣٦٦).

(٤) وقد أصدرت محكمة النقض فى هذه المسألة أحكاما متعاقبة صريحة فى هذا المعنى . فقضت ... أدخل الحكم ضمن التعويض المحكوم به ما فات على الموظف من فرصة الترقى بسبب إحالته إلى ... قبل الأوان فلا خطأ فى ذلك ، فإن القول بأن الترقى من الإطلاقات التى تملكها الجهات ... للموظف وليس حقا مكتسباً محله بالبداهة أن يكون الموظف باقيا يعمل فى الخدمة . أما إذا ... الوزارة هى التى أحالت الموظف إلى المعاش بدعوى بلوغه السن بناء على قرار باطل ، فلا ... إدخال تفويت الترقية على الموظف ضمن عناصر الضرر التى نشأت عن الإخلال بحقه فى ... الخدمة . ذلك لأن القانون لا يمنع من أن يحسب فى الكسب الفائت الذى هو عنصر من ... التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه ما دام هذا الأمل له أسباب معقولة (نقض مدنى ... أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٤ ص ١٠٧ . وقضت فى حكم ثان بأنه إذا كان ال...

المطلب الثانى

الضرر الأدبى (*)

٥٧٧ – تحديد الضرر الأدبى : (dommage moral) هو الضرر الذى لا يصيب الشخص فى ماله . وقد رأينا أن الضرر الذى يصيب الشخص فى حق أو فى مصلحة مالية هو ضرر مادى . وعلى النقيض من ذلك الضرر الأدبى ، فهو لا يمس المال ولكن يصيب مصلحة غير مالية . ويمكن إرجاع الضرر الأدبى إلى أحوال معينة .

١ – ضرر أدبى يصيب الجسم . فالجروح والتلف الذى يصيب الجسم والألم الذى ينجم عن ذلك ما قد يعقب من تشويه فى الوجه أو فى الأعضاء أو فى الجسم

= قد وقف فى جبر الضرر الناشئ عن خطأ عند حد القضاء للموظف على الحكومة بالفرق بين معاشه وصافى راتبه ، ولم يعوضه عما فاته من فرصة الترقى إلى رتبة اللواء التى خلت ، مستندا فى ذلك إلى أن الترقية ليست حقا للموظف ولو تحقق فى شرائط الأقدمية والجدارة ، بل هى حق للحكومة تتصرف فيه كما تشاء بلا رقيب ولا حسيب ، فإنه يكون قد أخطأ ، إذ أن حرمانه من الفرصة التى سنحت له للحصول على الترقية هى عنصر من عناصر الضرر يتعين النظر فيه . ولقد كان يصح ما قاله الحكم لو أن ذلك الضابط كان قد بقى فى الخدمة ولم ترقه الوزارة فعلا ، حيث يصح القول بأن الترقى هو من الإطلاقات التى تملكها الوزارة وتستقل بها بلا معقب . أما والوزارة قد أحالته على المعاش قبل بلوغه السن بناء عى قرار بل اتخذته فى تقدير سنه ، مخالفة فى ذلك قرارا آخرصحيحاملزماً لا تملك نقضه ، فإن هذا القرار لا يسوغ جعل تصرفها الخاطئ فوق رقابة قضاء التضمين (نقض مدنى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٠ ص ٢٧٥) . وقضت فى حكم ثالث بأن القانون لا يمنع من أن يدخل فى عناصر التعويض ما كان لطالبه من رجحان كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع . فإذا كان الحكم لم يعتد بهذا العنصر فيما قضى به من تعويض لموظف أحيل إلى المعاش دون مسوغ ، ولم يورد لذلك أسبابا من شأنها أن تفيد أن ترقية طالب التعويض كانت غير محتملة لو أنه استمر فى الخدمة حتى بلوغ سن التقاعد ، فإنه يكون متعيناً فى هذا الخصوص (نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩) .

انظر أيضاً فى هذه المسألة : نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٠ ص ٢٦٢ – وفى ٢ يونية سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٦ ص ٣٩٠ .

(*) **بعض المراجع** : ريبير فى القاعدة الأدبية فقرة ١٨١ – دورفيل (Dorville) رسالة من باريس سنة ١٩٠١ – أشار (Achard) رسالة من جنيف سنة ١٩٠٨ – جاند (Gand) رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ – ديبوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ – جيفور (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ – دلماس (Delmas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ ، لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها – سافاتييه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها – ديموج ٤ فقر ٤٠٢ وما بعدها – مازو ١ فقرة ٢٩٢ وما بعدها – الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٠ – مصطفى مرعى بك فقرة ١٢٤ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٦٧ – فقرة ٤٦٨ – الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ٢٥ .

بوجه عام [1] ، كل هذا يكون ضرراً مادياً وأدبياً إذا نتج عنه إنفاق المال في العلاج أو نقص في القدرة على الكسب المادى [2] ، ويكون ضرراً أدبياً فحسب إذ لم ينتج عنه ذلك .

٢ – ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض . فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والتخرصات والاعتداء على الكرامة ، كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدبياً إذ هى تضر بسمعة المصاب وتؤذى شرفه واعتباره بين الناس [١] .

٣ – ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان . فانتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه ، والاعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة ، كل هذه أعمال تصيب المضرور في عاطفته وشعوره ، وتدخل إلى قلبه الغم والأسى والحزن . ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبى [٢] .

---

(١) ومما يؤذى السمعة أن يذاع عن شخص أنه مصاب بمرض خطير . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن الأمراض فى ذاتها من العورات التى يجب سترها حتى لو كانت صحيحة ، فإذاعتها فى محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين يسئ إلى المرضى إذا ذكرت أسماؤهم ، وبالأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراقيل فى طريق حياتهن ويعكر صفو آمالهن ، وهذا خطأ يستوجب التعويض (... سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) .

(٢) والإخلال بإقامة الشعائر الدينية يعتبر ضرراً أدبياً . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية ... تعهد مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها وتأخر فى ذلك ، ثم لم يقم ... يعتبر الضرر متوفرا لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر ، والتأمين الذى أخذته من المتعهد ... مكتسباً لها كما شرط فى التعهد (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ...) .

(1) إذ تسبب وفاة المضرور عن فعل ضار عن الغير فإن هذا الفعل لابد أنه يسبق الموت ولو ... للمضرور فى هذه اللحظة أهلا لكسب حقه فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما ... الضرر ويتفاقم ، ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه فى تركته ... مطالبة المسئول بجبر الضرر المادى الذى سببه لمورثهم الموت الذى أدى اليه الفعل الضار ... مضاعفاته .

(جلسة ١٩٨٦/١/١٢ الطعن ٦٥١ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٧٤/٣/٧ الطعن ٤ لسنة ٤٣ ق رجال قضاء س ٢٥ ص ٩٠)

(2) ولئن كان الموت حقًا على كل انسان إلا أن التعجيل به إذا حصل بفعل فاعل يلحق ... مادياً محققا اذ يترتب عليه فوق الآلام الجسيمة التى تصاحبه حرمان المجنى عليه من ... يمتلكه الانسان باعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره والقول بامتناع الحق فى التعويض ... يموت عقب الاصابة مباشرة وتجويز هذا الحق لمن يبقى حيا مدة بعد الاصابة ... العقل والقانون هى جعل الجانى الذى يقسو فى اعتدائه حتى يجهز على ضحيته ... مركز الجانى الذى يقل عنه قسوة واجراما فيصيب المجنى عليه بأذى دون الموت ... على أن يجهزوا على المجنى عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبته لهم بالتعويض .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ الطعن ٣٥٢ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٣٣٧) .

٤ – ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له [1] . فإذا دخل شخص أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك ، جاز لهذا أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي من جراء الاعتداء على حقه ، حتى لو لم يصبه ضرر مادى من هذا الاعتداء .

ويجب فى جميع هذه الأحوال أن يكون الضرر الأدبي ، كالضرر المادى ، ضرراً محققاً غير احتمالى .

٥٧٨ – الضرر الأدبي قابل للتعويض : والضرر الأدبي على النحو الذى قدمناه قابل للتعويض بالمال . وقد كان القانون الرومانى يقر أحوالاً كثيرة يعوض فيها عن الضرر الأدبي فى كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية .

وتلاه القانون الفرنسى القديم ، فأجاز التعويض عن الضرر الأدبي ، وقصر ذلك على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية ، توهما أن هذا هو حكم القانون الرومانى . وقد قدمنا أن هذا القانون لا يفرق بين المسئوليتين فى وجوب التعويض عن الضرر الأدبي .

ونصوص القانون الفرنسى الحديث فى عمومها وإطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادى . وقد أقر القضاء الفرنسى هذا المبدأ منذ عهد طويل ، ووطده فى أحكام كثيرة [١] . أما الفقه الفرنسى فقد انقسم بادئ الأمر إلى فريقين . الفريق الأول رأى أن التعويض عن الضرر الأدبي متعذر إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض ، وحتى إذا كان قابلا له فإن التعويض فيه يستعصى على التقدير [٢] . والفريق الآخر ميز بين ضرر أدبي يجوز تعويضه وضرر أدبي لا يجوز فيه التعويض ، واختلفوا فى وضع حد هذا التمييز . فمنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذى يجر إلى ضرر مادى ،

---

(١) وقد استقر القضاء الفرنسى على هذا المبدأ منذ حكم قديم أصدرته محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونية سنة ١٨٣٣ (سيريه ١٨٣٣ – ١ – ٤٥٨) . وانظر أيضا : نقض فرنسى فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٢ – ١ – ١٦٣ – وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٧ – ١ – ٣٩٩ – وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ – ٢ – ٥٨٦ – محكمة ديجون الاستئنافية فى ٢٥ يوية سنة ١٩٤٦ جازيت دى باليه ١٩٤٦ – ٢ – ٢٠٦ .

(٢) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٧١ – ماسان (Massin) رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ – تورنييه (Tournier) رسالة من مونلييه سنة ١٨٩٦ – سافينى فى القانون الرومانى ١ ص ٣٣٠ وما بعدها .

(1) ليس هناك من معيار لحصر أحوال التعويض عن الضرر الأدبي اذ كل ضرر يؤذى الانسان فى شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته واحساسه ومشاعره يصلح أن يكون محلا للتعويض فيندرج فى ذلك العدوان على حق ثابت للمضرور كالاعتداء على حق الملكية ولذا فإن اتلاف سيارة مملوكة للمضرور ويتخذها وسيلة لكسب الرزق والعيش يعتبر عدوانا على حق الملكية وحرمانا من ثمرته من شأن أن يحدث لصاحب هذا الحق حزناً وغما وأسى وهذا هو الضرر الأدبي الذى يسوغ التعويض عنه .

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق)

ولا يعوض إل هذا الضرر المادى وحده .[1] فهؤلاء إذن لا يجيزون تعويض الضرر الأدبي في ذاته . ومنهم من يقتصر التعويض على الضرر الأدبي الذى يترتب على جريمة جنائية[2] . وليس هناك أساس معقول لهذا التمييز . ومنهم من يجيز التعويض فى الضرر الأدبي الذى يصيب الشرف والاعتبار لأنه في العادة يجر إلى ضرر مادى ، ولا يجيزه فى الضرر الأدبي الذى يصيب العاطفة والشعور لأنه يتمحض ضرراً أدبياً لا يمتزج به ضرر مادى[3] . ولكن جمهور الفقهاء فى العهد الأخير يقولون بجواز التعويض عن الضرر الأدبي[4] . أما القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض وأن تقدير التعويض فيه مستعصى فمبنى على لبس فى فهم معنى التعويض . إذ لا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود ، وإلا فالضرر الأدبي لا يمحي ولا يزول بتعويض مادى . ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الأدبي . فالخسارة لا تزول ، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها . وعلى هذا المعنى يمكن تعويض الضرر الأدبي[I] . فمن أصيب فى شرفه واعتباره جاز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين النـاس ، وإن مجرد الحكم على المسئول بتعويض ضئيل ونشر هذا الحكم لكفيل برد اعتبار المضرور[5] . ومن أصيب في

---

(١) ميتيال (Meynial) فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٤ – إسمان فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٣ .

(٢) أوبرى ورو الطبعة الخامسة جزء ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٣٤٥ – ص ٣٤٨ .

(٣) مانجان (Mangin) فقرة ١٢٣ – لا بورد (Labord) فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٨٤ ص ٢٦ .

(٤) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٢٩٨ – بلانيول وريبير ٢ فقرة ١٠١٢ وما بعدها – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٤٦ – جوسران ٢ فقرة ٤٤١ وما بعدها – سوردا ١ فقرة ٣٣ – ديموج ٤ فقرة ٤٠٢ – لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها – سافاتييه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها – جاردينا وريتشي فقرة ٩٥ وما بعدها – مازو ١ فقرة ٣٠٤ وما بعدها .

(٥) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نشر منطوق الحكم فى الصحف يكون تعويضا كافيا عن الضرر الأدبي الناجم عن «بروتستو» كيدى (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٢) . وكذلك الحكم بالمصروفات (استئناف مختلط فى ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٥١) – أو تصحيح الوقائع المكذوبة (استئناف مختلط في أول مارس سنة ١٩٠٥م ١٧ ص ١٤٤) . ويخفف التعويض المضرور نشر تكذيب للخبر المنسوب إليه وكان هذا من حقه (استئناف مختلط فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٣) .

(I) أ– لا يقصد بالتعويض الأدبي وهو لا يمثل خسارة مالية محو هذا الضرر وإزالته من الوجود إذ إن من الضرر لا يمحى ولا يزول بتعويض مادى وكان يقصد بالتعويض ان يستحدث للمضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الأدبي ، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها وليس هناك معيار لحصر احوال التعويض عن الضرر الأدبي إذا كل ضرر يؤذى الإنسان فى شرفه أو يصيب عاطفته واحساسه ومشاعره يصلح أن يكون محلا للتعويض فيندرج فى ذلك العدوان على حق ثابت للمضرور كالاعتداء على حق الملكية ولذا فان اتلاف سيارة مملوكة للمضرور ويتخذها وسيلة لكسب الرزق والعيش يعتبر عدوانا على حق الملكية وحرمانا من ثمرته من شأنه أن يحدث له

عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالى فتح له المال أبواب المواساة تكفكف من شجنه . والألم الـذى يصيب الجسم يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه . أما تقدير مبلغ التعويـض فليس بأشد مشقـة من تقـدير التعويـض في بعض أنواع الضرر المادى . وما على القاضى إلا أن يقدر مبلغا يكفى عوضاً عن الضرر الأدبى ، دون غلو فى التقدير ولا إسراف.

وفى مصر استقر الفقه[1] والقضاء[2] على جواز التعويض عن الضرر الأدبي. ثم أتى

= هذا الحق حزناً وغما وأسى وهذا هو الضرر الأدبى الذى يسوغ التعويض عنه .

(جلسة ١٩٩٦/٣/١٥ رقم ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق)

ب– طلب التعويض عن الضرر الأدبى المرتد . اعتباره طلبا مستقلا ومغايراً لطلب التعويض عن الضرر الادبى الشخصى .

(جلسة ١٩٩٦/٤/٢١ الطعن ١٩٩٥ لسنة ٦١ ق)

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٠ – مصطفى مرعى بك فقرة ١٢٤ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٦٧ – الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٢٥ .

(٢) كان القضاء الوطنى بادئ الأمر متردداً فى تعويض الضرر الأدبى ، فقضت محكمة قنا الاستئنافية بأن الشرف لا يقوم بمال (١١ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٦ ص ١١) ، وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يستحق تعويضاً أدبياً إلا من اختل نظام معيشته بسبب موت المضرور (٤ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢٤٧) ، ولكنه ما لبث أن استقر على جواز التعويض عن الضرر الأدبى نقض جنائى فى ٧ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ١٦٥ – وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٥ ص ١٥٦ – وفى ٤ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٥٦ – وفى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية عدد ١٥١ ص ٦ – استئناف وطنى فى ٤ يولية سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٧١ (مبلغ زهيد كتعويض رمزى : أنظر فى هذا المعنى أيضاً مصر الكلية الوطنية فى ١٤ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) – وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٨٩ (تستحق الزوجة تعويضا عن الضرر الأدبى لهجر زوجها لها وهذا غير النفقة) . وفى ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١١١ ص ٣٠٣ – وفى ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ – وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣٢ ص ١٢٢ – وفى ٣١ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٢٥ – وفى ٥ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٩٨ ص ٨٧٣ – وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ – وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٥ ص ٦٢١ مجلس حسبى عال فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسميـة ٢٥ رقم ١٠٠ ص ١٨٧ . وميل القـضـاء الوطنى ألا يجعل التعـويض الأدبى سبيلا للأثراء أو للاستغلال .

وكذلك استقر القضاء المختلط على جواز التعويض عن الضرر الأدبى ، على ألا يكون هناك مغالاة فى تقدير التعويض وألا يكون التعويض وسيلة للاستغلال : استئناف مختلط فى ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ – وفى ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨ – وفى ٢٠ فبـراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩– وفى ٢٨ نوفمبر سنة ٩١٧ م ٣٠ ص ٦٦ – وفى ١٢ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ – وفى ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ – وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٨ رقم ٢٤٩ ص ٣١٨ – وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٨٩ – وفى ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٢ – =

القانون المدنى الجديد فأكد هذا الحكم ، إذ نص فى المادة ٢٢٢ على ما يأتى :

«١ – يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء» .

«٢ – ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب»[(١)] .

وعلى هذا المبدأ استقرت التقنينات الحديثة[(٢)] .

٥٧٩ – من له حق التعويض عن الضرر الأدبى : كل من أصيب بضرر أدبى له الحق فى المطالبة بالتعويض عنه . وقد حددنا فيما تقدم ما هو المقصود بالضرر الأدبى[(1)] .

= وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢١ – وفى ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ . ولا يجوز أن يكون التعويض عن الضرر الأدبى بمثابة عقوبة (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً إذا توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة ٢٣٨» . وفى لجنة المراجعة نقل حكم المادة ٢٣٨ إلى هذا المكان وأصبح النص فى المشروع النهائى على الوجه الآتى : «١– يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طولب به أمام القضاء . ٢ – ويجوز بوجه خاص أن يحكم القاضى للأقرب والأزواج والأصهار بالتعويض عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب» . وأصبح رقم المادة ٢٢٩ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على النص – وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت اللجنة عبارة «أو طالب الدائن به أمام القضاء» بعبارة «أو طولب به» الواردة فى الفقرة الأولى . ورؤى تقييد الأقارب الذين يحكم لهم بالتعويض عن الضرر الأدبى وقصره على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، وكان النص المعروض لا يمنع القاضى من أن يحكم بالتعويض لغير الأقارب والأصهار والأزواج وفى هذا توسع لا تحمد عقباه ، فضلا عن مخالفته الكبيرة لما استقرت عليه الأحكام . وأصبح رقم المادة ٢٢٢. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٦ – ص ٥٦٨) .

(٢) أنظر المادة ٤٧ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٣٢٧ من القانون النمساوى والمادة [illegible] من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٣٤ من القانون اللبنانى والمادة ١٦٦ من القانون البولونى .

(1) أ – مفاد نص المادة ٢٢٢ من القانون المدنى أن الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره إلا أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسئول بشأن التعويض من حيث مبدئه ومقداره أو أن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلا امام القضاء مطالبا بالتعويض، أما الضرر الأدبى الذى أصاب ذوى المتوفى فلا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا للازواج والأقارب إلى الدرجة الثانية.

(جلسة ١٩٩٠/١/٣١ الطعن ٨٢١ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن ٧٠٣ لسنة ٤٣ ق س ٣٢ ص ١٠٢٣)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٢ الطعن ٣ لسنة ٤١ ق رجال قضاء س ٢٨ ص ١١٣)

(جلسة ١٩٧٥/١١/٤ الطعن ٧٨ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص ١٣٥٩)

(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ الطعن ٣٨١ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٦٣٦)

فإذا كان الضرر الأدبى هو موت شخص ، وجب التمييز بين الضرر الذى أصاب الميت نفسه ، ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته ، والضرر الذى أصاب أقارب الميت وذويه فى عواطفهم وشعورهم الشخصى من جراء موته[(١)] .

أما الضرر الذى أصاب الميت نفسه ، فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته ذلك ان التعويض عن الضرر لا ينتقل بالميراث – كما سنرى – إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء . وفى حالتنا لا يتصور شئ من ذلك ، إذ الضرر الأدبى هو موت الشخص نفسه ، فلا يمكن أن يكون التعويض عن هذا الموت قد تحدد بمقتضى اتفاق مع الميت أو طالب به هذا أمام القضاء[(1)] .

بقى الضرر الذى يصيب ذوى الميت بطريق مباشر . وهنا عرض النص إلى تحديد من من هؤلاء يجوز الحكم له بالتعويض . فذكر أنه لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . ويتبين من ذلك أن الحق فى المطالبة بالتعويض يقتصر على الزوج الحى وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية[(2)] وهم أبوه وأمه وجده وجدته لأبيه أو لأمه وأولاده وأولاد أولاده وأخوته وأخواته . ولا يعطى القاضى تعويضاً لهؤلاء جميعاً إذا وجدوا ، بل يعطى التعويض لمن منهم أصابه ألم حقيقى بموت المصاب . والمقصود هنا التعويض عن الضرر الأدبى لا عن الضرر المادى ، فهذا الضرر الأخير العبرة فيه بمن له حق النفقة على الميت ومن كان الميت يعوله فعلا كما قدمنا . فإذا كانت الأقارب لا تدخل فيمن تقدم ذكرهم،

ب – متى كان الطاعن لم يتمسك امام محكمة الموضوع بطلب التعويض عن ضرر أدبى ، وكان ما يثيره فى هذا الشأن ينطوى على واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع ولا يصح تقديمه لاول مرة أمام محكمة النقض ، فأنه يكون غير مقبول .

(جلسة ١٩٦٧/٦/٢٧ الطعن ٢٩ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٣٨٦)

(١) انظر فى هذا التمييز : استئناف مختلط فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٤ .

(1) التعويض عن الضرر الأدبى عملا بنص المادة ١/٢٢٣ من القانون المدنى لا ينتقل إلى الغير إلا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به امام القضاء فإذا كانت الطالبه لم تدع وجود اتفاق على تحديد هذا التعويض كما ان مورثها لم يطالب به امام القضاء قبل وفاته ، فأنه لا ينتقل إلى ورثته ومن ثم لا يجوز لهم المطالبة به .

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٢ الطلب ٣ لسنة ٤١ رجال قضاء س ٢٨ ص ١١٣)

(2) التعويض عن الضرر الأدبى الشخصى المباشر الذى يصيب الازواج والاقارب حتى الدرجة الثانية من جراء موت المصاب . قصر نطاقه على من كان منهم على قيد الحياة فى تاريخ الوفاة . مؤدى ذلك عدم اتساع نطاق هذا الحق إلى من لم يكن موجودا حين الوفاة سواء كان لم يولد بعد أو توفى قبل موت المصاب.

(جلسة ١٩٩٣/٣/١٩ الطعن ٣٣١٢ لسنة ٥٩ق السنة ٤٤ ص ٤٣٦)

لم يجز الحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبي مهما كانت دعواهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب . فلا يحكم بتعويض عن الضرر الأدبي لأولاد الأخوة والأخوات [1] ، ولا للأعمام والأخوال والعمات والخالات ، ولا لأولادهم من باب أولى ، ولا للخطيب والخطيبة، ولا للأصدقاء مهما كان الميت قريباً إلى نفوسهم [1] . وظاهر أن خطة القانون الجديد في الضرر الأدبي غير خطته في الإكراه والدفاع الشرعي وحالة الضرورة ، حيث حصر الأقارب هنا ولم يحصرهم هناك . ويبرر ذلك الميل إلى حصر نطاق الادعاء بوقوع ضرر أدبي ، والحد من المغالاة في ذلك منعاً للاستغلال .

أما إذا كان المصاب لم يمت ، فتعويض ذويه عن الضرر الأدبي الذى لحقهم بإصابته يجب الأخذ فيه بحذر أكبر ، وإن كان النص لم يعرض إلا لحالة الموت وترك مادون ذلك لتقدير القاضي . ومن الصعب أن نتصور تعويضاً يعطى عن الضرر الأدبي في هذه الحالة لغير الأم والأب .

---

(١) وكان القضاء المصرى في عهد القانون المدني القديم يجعل حلقة الأقارب أضيق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عدا الأب والأم ، كالأخوة والأخوات ، لا يجوز أن يحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبي (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٧) ، وحتى الأب الذى يهجر ابنه ولا يفكر [illegible] عند موته للمطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي ، لا يحق له هذا الطلب (استئناف مختلط في أول [illegible] سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٩) . أنظر أيضاً في هذه المسألة : استئناف مختلط في ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ – وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤١ – في ٢١ يناير سنة ١٩٠٣ م [illegible] ٩٥ – وفي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٠ – وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ وفي ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ (الابن الصغير دون الزوج أو الأب) – وفي ٢٠ فبراير ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ – وفي ٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٩ (لا تعويض للأخوة لأم) – [illegible] ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ – محكمة مصر الكلية المختلطة في ٢٧ يناير سنة ١٩[illegible] جازيت ٩ رقم ٧٤ ص ١١١ (الأصول والفروع دون الحواشي) .

وكان المشروع النهائي تتسع فيه حلقة الأقارب والأصهار ، فضيقت لجنة القانون المدني [illegible] الشيوخ الحلقة على النحو الذى رأيناه ، واستندت في ذلك إلى ما استقر عليه القضاء المصري في القانون المدني القديم (أنظر آنفا فقرة ٥٧٨ – ومجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٨)

(1) أ – الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن موت المصاب . قصره على أزواجه وأقاربه [illegible] الدرجة الثانية . لازمه عدم أحقية ابناء أخ المصاب في التعويض عن الضرر الأدبي الذى [illegible] جراء موته .

(جلسة ١٩٥٥/١٢/٢١ الطعن ٧٥٩٠ لسنة ٦٤ ق السنة ٤٦ ص ١٤٥١)

ب – الالتزام بجبر الضرر المدعى به انما ينصرف إلى ذمة الشخص المسئول وبعد وفاته إلى [illegible] الحكم المطعون فيه إذ لم يلتزم هذا النظر وقضى بتأييد الحكم الابتدائي فيما انتهى إليه [illegible] مسئوليتهم بالتبعية عن مورثهم ، يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٦ الطعن ٨٧٠١ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٨ ص ١١٤٧)

٥٨٠ – متى يمكن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي : الأصل في التعويض عن الضرر الأدبي أنه شخصي مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره بالميراث أو بالعقد أو بغير ذلك من أسباب الانتقال إلا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محققة. وقد عرضت المادة ٢٢٢ التي تقدم ذكرها لتحديد ذلك ، فذكرت أن انتقال حق التعويض لا يتم إلا بإحدى طريقتين : (الأولى) أن يكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور والمسئول ، فتحدد التعويض على هذا الوجه بمقتضى اتفاق بين الاثنين . (والثانية) أن يكون قد استعصى الاتفاق فلجأ المضرور إلى القضاء وطالب المسئول بالتعويض، أي أنه رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم .

أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل الحق في التعويض إلى أحد [1] . فإذا مات المضرور قبل ذلك فلا ينتقل التعويض إلى ورثته ، بل يزول الحق بموته [1] .

وكان القضاء المصرى في عهد القانون القديم يجرى على مقتضى هذا الحكم [٢] . بل إنه تشدد في آخر ذلك العهد وأصبح لا يكتفي ، إذا لم يوجد اتفاق، بالمطالبة القضائية لانتقال حق التعويض ، بل يشترط صدور حكم نهائي يقرر مبدأ التعويض ويعين مقداره [٣] .

---

(١) وقد تشدد القانون المدني الجديد في التعويض عن الضرر الأدبي من ناحيتين : ناحية من له الحق في المطالبة به وناحية تقييد انتقاله إلى الغير .

(٢) كان القضاء المصرى يشترط لانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة أن يكون المورث قد رفع الدعوى (استئناف مختلط في ١٧ يونية سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٠٤ ص ٤٨٦ – وفي أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٧ – وفي ١٣ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٧٩) . واكتفى حكم في انتقال التعويض إلى الورثة بأن يكون المجنى عليه قد شكواه بأن ألقى أقواله أمام المحقق (بني سويف في ٢ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١/١١٥ ص ٣٦٢)

(1) اذا كان الثابت أن المرحوم ...... زوج المطعون ضدها الثالثة كان قد طالب بالتعويض عن الضرر الأدبي الذى لحقه بوفاة شقيقة المجنى عليه في الجنحة ... ابان نظرها امام المحكمة الجنائية ، فإنه اذا توفى من بعد ذلك انتقل حقه في التعويض إلى ورثته وضمنهم زوجته المذكورة دون أن ينال منه قضاء المحكمة الجنائية باعتباره تاركا لدعواه المدنية ذلك أن المورث قد تمسك بحقه في التعويض قبل وفاته والقضاء بالترك – بصريح نص المادة ١٤٣ من قانون المرافعات – سواء السابق أو الحالي – لا يمس الحق المرفوعه به الدعوى ولا يمنع من رفع الدعوى به من جديد .

(جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن ٧٥٣ لسنة ٤٣ ق س ٣٢ ص ١٠٢٣)

(جلسة ١٩٧٥/١١/٤ الطعن ٧٨ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص ١٣٥٩)

(جلسة ١٩٩٠/١/٣١ الطعن ٨٢١ لسنة ٥٧ ق)

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الورثة لا ينتقل إليهم حق مورثهم في التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا تحدد هذا التعويض قبل موت المورث إما باتفاق مقدم أو بحكم نهائي، فإذا مات المورث في أثناء نظر القضية أمام محكمة الاستئناف لم ينتقل حق التعويض إلى الورثة (استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٠ – وأنظر أيضا استئناف مختلط في ١٥ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٧)

وإذا اعتبرنا أن القضاء المصرى قد استقر في عهده الأخير على النحو الذى قدمناه ، فإن القانون =

المبحث الثالث

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر(*)

(La lien de causalité)

٥٨١ – السببية ركن مستقل : علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذى ارتكبه المسئول والضرر الذى أصاب المضرور . والسببية هى الركن الثالث من أركان المسئولية ، وهى ركن مستقل عن ركن الخطأ (1) . وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ ، كما إذا أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعتبر خطأ وتتحقق مسئوليته على أساس تحمل التبعة، فالسببية هنا موجودة والخطأ غير موجود . وقد يوجد الخطأ ولا توجد السببية . ويسوق أحد الفقهاء (١) لذلك مثلا : يدس شخص لآخر

= الجديد يكون قد استحدث حكماً يقضى بجواز انتقال الحق فى التعويض إلى الورثة بمجرد رفع الدعوى فى حياة المورث دون حاجة إلى صدور حكم نهائى . فإذا وقع الضرر الأدبى قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، ورفعت الدعوى بعد نفاذه ، ثم مات المورث قبل صدور حكم نهائى، فإن حق التعويض ينتقل إلى الورثة بفضل الأثر الفورى للقانون (effet immédiat)، وكذلك الحكم إذا رفعت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث بعد نفاذه وقبل صدور حكم نهائى . أما إذا رفعت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث قبل نفاذ هذا القانون أيضاً (وقبل) صدور حكم نهائى ، فإن حق التعويض لا ينتقل إلى الورثة .، لأن القانون القديم وفقاً لما فسره القضاء، هو الذى يسرى فى هذه الحالة .

(*) **بعض المراجع :** مارتو (Marteau) رسالة من إكس سنة ١٩١٤ – ديموج ٤ فقرة ٣٦٥ وما بعدها – لالو فقرة ٢٤٦ وما بعدها – سافاتييه ٢ فقرة ٤٥٦ وما بعدها – بلانيول وريبير وإسمان ٦ فقرة ٣٨٠ وفقرة ٥٣٨ وما بعدها – وديشيزو (Deschizeaux) رسالة من جرينول سنة ١٩٣٤ – الدكتور سليمان مرقص رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ والفعل الضار فقرة ٤٦ وما بعدها – هنرى وليون مازو فقرة ١٤١٧ وما بعدها – إسمان : مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص ١١ وما بعدها – مارتى (Marty) مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها – الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٣ وما بعدها – مصطفى مرعى بك فقرة ١٣٢ وما بعدها – الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٧٥ وما بعدها .

(١) مارتو (Marteau) فى رسالته «السببية فى المسئولية المدنية» إكس سنة ١٩١٤ ص ١٧ .

(1) استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع (ولا رقابة عليها فى ذلك لمحكمة النقض) إلا أن ذلك مشروط بأن تورد الأسباب السائغة المؤدية إلى ما انتهت إليه .

(جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٨ الطعن ٥٤٤ لسنة ٦٩ ق)

(جلسة ١٩٨٣/١/١٣ الطعن ٥٢٢ لسنة ٤٥ ق س ٣٤ ص ٤٢٢)

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٩ الطعن ٤٧٤ لسنة ٤١ ق س ٣١ ص ٣٥٦)

(جلسة ١٩٥٦/٣/١٥ الطعن ٣٨٢ لسنة ٢٢ ق س ٧ ص ٣١٠)

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٦٥١)

سما، وقبل أن يسرى السم فى جسم المسموم يأتى شخص ثالث فيقتله بمسدس . فهنا خطأ هو دس السم . وضرر هو موت المصاب ، ولكن لا سببية بينهما إذا الموت سببه إطلاق المسدس لا دس السم ، فوجد الخطأ ولم توجد السببية . ونورد مثلين آخرين يود فيهما الخطأ ولا توجد السببية . بعد أن يتم البيع يكشف المشترى عما عسى أن يثقل العقار الذى اشتراه من رهون ، فيبين من الكشف أن العقار غير مرهون ، ثم يتضح أن هذا الكشف غير صحيح وأن العقار مثقل برهن ، وينزع الدائن المرتهن ملكية العقار . فهنا خطأ وهو الكشف غير الصحيح ، وضرر وهو نزع ملكية العقار ، ولكن السببية غيرموجودة فإن الكشف غير الصحيح لم يظهر إلا بعد تمام البيع فلم يكن هو السبب فى وقوع الضرر . شخص يقود سيارة دون رخصة ، ثم يصيب أحد المارة وتكون الإصابة بخطأ يقع من هذا المصاب . فهنا خطأ وهو قيادة السيارة دون رخصة ، وضرر وهو إصابة أحد المارة ، ولكن الخطأ ليس هو السبب فى الضرر بل هناك سبب أجنبى هو خطأ المصاب ، فوجد الخطأ دون أن توجد السببية .

٥٨٢ – اتصال السببية بالضرر : وفى الأمثلة الثلاثة المتقدمة يمكن القول إن السببية قد انفصلت عن الخطأ كما رأينا . ولكن يراعى ما يأتى :

أولا – الضرر فى هذه الأمثلة له سبب آخر غير الخطأ الأول . فالموت فى المثل الأول سببه إطلاق المسدس لا دس السم ، ونزع ملكية العقار فى المثل الثانى سببه الرهن لا الكشف غير الصحيح ، وإصابة المار فى المثل الثالث السبب فيه خطأه هو لا انعدام الرخصة . فالسببية إذا هى انفصلت عن الخطأ ، فإنها تتصل بالضرر .

ثانياً : إذا كان الخطأ الأول الذى انعزل عن الضرر لا يحقق أية مسئولية ، فذلك لا لأن السببية منعدمة فحسب ، بل أيضا لأن هذا الخطأ لم ينجم عنه أى ضرر . فحيث تنعدم السببية ينعدم فى الوقت ذاته الضرر . ومن هذا الوجه يكون الضرر والسببية متلازمين .

ثالثاً : إذا قام السبب الأجنبى فإنه لا يعدم علاقة السببية وحدها ، بل هو أيضا ينهى الالتزام القانونى الذى يقضى بعدم الإضرار بالغير والذى يعد الإخلال به هو الخطأ . ذلك أن الوفاء بهذا الالتزام قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبى (م ٣٧٣) . فالسبب الأجنبى إذن لا يعدم علاقة السببية وحدها بل يعدم معها الخطأ (١) .

٥٨٣ – استقلال السببية عن الخطأ لا يظهر بوضوح إلا حيث يكون الخطأ مفترضا: إذا كانت السببية مستقلة عن الخطأ ، إلا أن هذا الاستقلال لا يظهر فى جلاء عندما يكون الخطأ واجب الإثبات . ذلك أن المضرور عندما يكلف بإثبات الخطأ ، يلجأ فى العادة إلى

(١) ومن هنا يصح التساؤل عن الفائدة العملية لقيام السببية ركناً مستقلا عن الضرر وعن الخطأ . وقد رأينا فى مثل أنها حيث تنعدم يتعدم معها الضرر ، وفى مثل آخر أنها حيث تنعدم ينعدم معها الخطأ . فلا تنتفى المسئولية إذن لانعدام السببية وحدها ، بل تارة لانعدامها مع الضرر ، وطوراً لانعدامها مع الخطأ . وكان يكفى أن يقال إن الضرر أو الخطأ قد انعدم ، ومن ثم انتفت المسئولية . ولا تبدو السببية ركنا متميزاً إلا حين الكلام فى السبب المنتج والسبب المباشر .

إثبات خطأ يكون هو السبب فى إحداث الضرر . ومن ثم فإثبات الخطأ يكون فى الغالب إثباتاً لعلاقة السببية . فتستتر السببية وراء الخطأ ولا يتبين فى وضوح أنها ركن مستقل . وإنما يتضح استقلالها فى الأحوال التى تقوم فيها المسئولية على خطأ مفترض أو خطأ مفروغ من إثباته ، كمسئولية الحارس عن الحيوان . ففى هذه الحالة الخطأ مفروغ منه ولا يكلف المضرور بإثباته . أما السببية فيمكن نفيها بإثبات السبب الأجنبى . ففيها إذن يتركز النضال بين المسئول والمصاب . ومن ثم تبرز هى ، ويدور الإثبات حولها وحدها دون الخطأ .

٥٨٤ – خطة البحث : قدمنا أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب فى الضرر . فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبى انعدمت السببية . وتنعدم السببية أيضا حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر . فنبحث إذن أمرين : (١) انعدام السببية لقيام السبب الأجنبى (٢) ثم انعدامها لأن السبب غير منتج أو غير مباشر .

المطلب الأول

انعدام السببية لقيام السبب الأجنبى

٥٨٥ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٦٥ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

«إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك» (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٢ من المشروع التمهيدى مع بعض خلاف فى اللفظ . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تغيير كلمة «المصاب» بكلمة «المضرور» ، وأصبح رقمه المادة ١٦٩ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول النص . وكان من رأى أحد الأعضاء أن يكون المبدأ فى المسئولية التقصيرية هو افتراض الخطأ وتحمل التبعة ، فلا يستطيع المسئول أن يتخلص من المسئولية إلا إذا نفى علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبى . فرد عليه بأنه لا توجد شريعة اتخذت كأساس للمسئولية مبدأ تحمل تبعة الخطأ والخطأ المفروض . وإنما يجب إثبات الخطأ لقيام المسئولية كمبدأ عام ، ثم ترد استثناءات على هذا المبدأ يؤخذ فيها بالخطأ المفروض . وانتهت اللجنة إلى إقرار النص تحت رقم المادة ١٦٥ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦١ – ص ٣٦٩) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص والنصوص التالية له : «تستظهر المواد من ٢٣٢ إلى ٢٣٥ سلسلة متصلة الحلقات من الأحكام ، تتناول تعيين أحوال انتفاء المسئولية والتخفيف منها . وقد درج الفقه على التفريق بين أحوال ارتفاع المسئولية لانعدام رابطة السببية كما هو الشأن فى السبب الأجنبى ، وأحوال ارتفاعها بسبب انتفاء الخطأ كما يقع ذلك فى الدفاع الشرعى وحالة صدور أمر من رئيس وحالة الضرورة . ومهما يكن من شأن هذه التفرقة فالأنسب من الناحية العملية أن تحشد هذه الأحوال المختلفة فى صعيد واحد باعتبار أن فكرة

فالسبب الأجنبى الذى يعدم رابطة السببية هو كما يقول النص : (١) القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ (force majeure ou cas fortuit) (٢) خطأ المضرور (faute de la victime) (٣) خطأ الغير (faute d'un tiers)[1] . ونستعرض كل من هذه الأسباب الثلاثة[2] .

١ – القوة القاهرة أو الحادث الفجائى

٥٨٦ – القوة القاهرة والحادث الفجائى شئ واحد : قال بعض الفقهاء إنهما شيئان مختلفان ، ولكن هؤلاء لا يتفقون على فيصل التفرقة فيما بينهما .

فمنهم من يقول إن القوة القاهرة هى الحادث الذى يستحيل دفعه . أما الحادث الفجائى فهو الحادث الذى لا يمكن توقعه . فتتوزع بينهما الخصيصتان اللتان سنفصلهما فيما يلى : وهما استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع . ويكفى فى نظر هؤلاء أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع ، فلا يلزم اجتماع الخصيصتين .

ولا يجوز الأخذ بهذا الرأى ، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثاً لا مستحيل الدفع فحسب بل أيضاً غير ممكن التوقع ، ولأن الحادث الفجائى يجب أن يكون حادثاً لا غير ممكن التوقع فحسب بل أيضا مستحيل الدفع .

= المسئولية تنظمها جميعاً . ويقع عبء إثبات الخطأ على المضرور . وتكون القرائن القضائية عادة سبيله إلى التماس الدليل . بل إنه يسوغ لمن أحدث الضرر أن يثبت وجود السبب الأجنبى وينفى بذلك مسئوليته باستبعاد كل قرينة عليها . وللمحدثين من الفقهاء تحليل أدق فى هذا الشأن . فمن رأيهم أن المضرور إذا أقام الدليل على المسئولية بإثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، فلمن أحدث الضرر عندئذ أن يسقط الدليل على علاقة السببية هذه بإثبات السبب الأجنبى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٧ – ٣٧٨) .

(١) السبب الأجنبى يصلح أساساً لدفع المسئولية التقصيرية وكذلك لدفع المسئولية التعاقدية .

(جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ الطعن ٢٠٣ لسنة ٢٣ ق س ٩ ص ٤٤١)

(جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ الطعن ٢٨٥ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٣٩٦)

(٢) يكون السبب الأجنبى عادة أحد هذه الأسباب الثلاثة . ولكن هذا البيان لم يرد على سبيل الحصر كما هو واضح من النص . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويكون هذا السبب (الأجنبى) بوجه عام حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة – وليس ثمة محل للتفريق بينهما – أو خطأ وقع من المضرور أو من الغير . على أن هذا البيان غير وارد على سبيل الحصر . فقد يكون السبب الأجنبى عيباً لاصقاً بالشئ المتلف أو مرضاً خامر المضرور» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨) .

(٣) وقد رأينا فى المسئولية العقدية أن علاقة السببية تنتفى أيضاً بإثبات السبب الأجنبى . وكل ما سنذكره فى شأن السبب الأجنبى ، من حادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، ينطبق فى كلتا المسئوليتين : المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية .

ولا يكفي وجود إحدى هاتين الخصيصتين لانعدام رابطة السببية [1] .

ومن الفقهاء من يسلم بوجوب اجتماع الخصيصتين . ولكن يميز في خصيصة استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة ، أو نسبية فيوجد الحادث الفجائي [2] . وسنرى أن هذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح، إذ الاستحالة ، في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي ، يجب أن تكون استحالة مطلقة .

ومن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر . فيجعل كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي حادثاً مستحيل الدفع غير ممكن التوقع ، ولكن القوة القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشيء الذي تتحقق به المسئولية كعاصفة أو زلزال ، والحادث الفجائي حادث داخلي ينجم من الشيء ذاته كانفجار آلة أو أنكسار عجلة . ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق المسئولية ، أما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته [3] . وهذا الرأي لا يجوز التسليم به أيضاً إلا عند من يقولون بنظرية تحمل التبعة، إذ يصح عند هؤلاء أن يكون الشخص مسئولا عن الحادث الفجائي دون القوة القاهرة .

ونرى من ذلك أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يقوم على أساس صحيح. لذلك تقول جمهرة الفقهاء بعدم التمييز بينهما ، وعلى هذا أيضاً إجماع القضاء [4] .

٥٨٧ – الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث الفجائي : ويبقى أن نفصل الشروط التي يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً. ونص القانون يصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنهما سبب أجنبي (cause étrangére) لا يد للشخص فيه (non-imputable) . ولكن هذا الوصف في حاجة إلى التحديد . وقد رأينا فيما قدمناه أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يجب أن يكون حادثاً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع [5] ، فعدم إمكان التوقع (imprévisibilité) واستحالة الدفع (irrésistibilité) هما الشرطان الواجب توافرهما في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي .

---

(١) رادوان (Radouant) (في الحادث الفجائي والقوة القاهرة باريس سنة ١٩٢٠ ص ١٧٣ وبلانيول ولابيه (المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٠ ص ١١٥) يقولان إن القوة القاهرة والحادث الفجائي تعبيران عن أحدهما الآخر ، فالتعبير الأول يبرز خصيصة استحالة الدفع ، والتعبير الثاني يبرز خصيصة عدم التوقع ، ولكن لابد من اجتماع الخصيصتين معاً في الحادث حتى تنعدم السببية . ولكن هذا يجعل التمييز ما بين القوة القاهرة والحادث الفجائي معدوم الفائدة من الناحية العملية .

(٢) كولان وكابيتان الطبعة العاشرة جزء ٢ فقرة ١٢٦ .

(٣) جوسران الطبعة الثالثة جزء ٢ فقرة ٤٥١ وما بعدها .

(٤) أنظر في هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١٥٥٩ – فقرة ١٥٦١ ومراجع الفقه والقضاء التي يشير إليها .

(٥) ويندرج في شرط استحالة الدفع أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا كما سنرى .

وإذا ما توافرا كان الحادث أجنبيا عن الشخص لا يد له فيه . أما العكس فغير صحيح . فقد يكون الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه . ومع ذلك يستطيع توقعه قبل أن يقع ، أو يستطيع دفعه بعد أن وقع .

ونستعرض الآن كلا من الشرطين ، ثم نورد بعض التطبيقات العملية .

٥٨٨ – عدم إمكان التوقع : يجب أن يكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي غير ممكن التوقع . فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور . فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي . بل هو معيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبياً .

ولا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق وقوته فيما مضى . فقد يقع حادث في الماضي . ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل ، إذ كان من الندرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه .

وعدم إمكان التوقع ، في المسئولية العقدية ، يكون وقت إبرام العقد . فمتى كان الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد ، كان هذا كافياً حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ . أما في المسئولية التقصيرية فيكون عدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث ذاته [1](1) .

٥٨٩ – استحالة الدفع : ويجب أيضا أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع . فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وأن تكون الاستحالة مطلقة ، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده ، بل استحالة بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين [2] . وهذا هو الذي يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة ، فقد رأينا في نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام يصبح مرهقا لا مستحيلا .

---

(١) استئناف مختلط في ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٢ – وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ – وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

(1) وان جاز لحارس الأشياء أو الآلات الميكانيكية نفي مسئوليته المفترضة عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر باثبات ان ما وقع كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، إلا يشترط أن يكون السبب الذي يسوقه لدفع مسئوليته محددا لا تجهيل فيه ولا ابهام سواء أكان ممثلا في قوة قاهرة أم حادث فجائي أو خطأ المصاب أو خطأ الغير .

(جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ الطعن ٢٨٥ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٣٩٦)

(٢) استئناف مختلط في ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ .

ويستوى أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو أن تكون معنوية . فإذا استحال على المدين معنوياً تنفيذ الالتزام ، كما لو كان مغنياً وتعهد بإحياء حفلة غنائية فمات عزيز عنده يوم الحفلة وكان لذلك فى نفسه أثر بالغ يستحيل معه أن يقبل على الغناء ، كان الحادث قوة قاهرة . والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كانت هناك استحالة معنوية ، وعليه أن يحتاط فى تقدير ذلك (١) (1) .

٥٩٠ – تطبيقات عملى : ونورد هنا بعض تطبيقات عملية لحوادث تجمع بين الشرطين المتقدمين فيصبح وصفها بأنها قوة قاهرة أو حادث فجائى (2) .

فالحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من إحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ، ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة . والذى يجب أن يستحيل توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها ، بل ما خلفته من أحداث واضطرابات فإذا هاجم العدو بلداً ، ودخلها فاتحاً ، وطرد منها سكانها ، كان هذا الحادث قوة قاهرة تعفى المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار ، والوديع من التزامه بالمحافظة على الوديعة ، والمقاول من التزامات المقاولة ، وهكذا . وشرط ذلك كما قدمنا أن يكون المدين لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه . أما إذا كانت الظروف التى تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولم يتخذها ، كان هذا خطأ فى جانبه يحقق مسئولية إذا تسبب عنه ضرر . وقد تكون الحرب سبباً فى تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية ، فتكون قوة قاهرة ترفع المسئولية عن المدين فى هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إدارى واجب التنفيذ (fait du prince) ، أو وقوع زلزال ، أو حريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة ، أو حدوث مرض طارئ ، أو إضراب غير متوقع ، أو سرقة ، أو تلف ، أو نحو ذلك من الحوادث ما دام شرطا استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا (٢) .

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٥٧٠ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٥٧٨ – فقرة ١٥٨٩ .

(1) من المقرر إنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم امكان توقعه واستحالة دفعه وهذا الشرطان يستقل من واقع الدعوى الذى تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه من أوراقها .

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧ الطعن ٩٧٩ لسنة ٤٧ ق س ٣١ ص ٩٣٠)

(جلسة ١٩٧٣/٦/١٢ س ٢٤ ص ٨٩٤)

(جلسة ١٩٦٨/٢/١٩ س ١٩ ص ٥٥١)

(2) مخاطر البحر ، وإن كانت تصلح فى ذاتها سببا اتفاقيا للإعفاء من المسئولية ولو كانت متوقعة الحدوث أو يمكن دفعها ، إلا أن هذه المخاطر إذا بلغت من الشدة مدى يجعلها غير متوقعة الحدوث أو مستطاع دفعها فإنها تعد من قبيل القوة القاهرة التى تصلح سببا قانونياً للاعفاء .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ الطعن ٢٧٢ لسنة ٣١ س ١٧ ص ١١٢٩)

وقد تنطوى حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائى ، كما إذا انفجرت آلة ، أو انكسرت عجلة ، أو انزلقت السيارة فى أرض زلجة ، أو اعترضتها عقبة مفاجئة ، أو بهر بصر السائق نور خاطف . والمهم أن يتوافر شرطا استحالة التوقع واستحالة الدفع (١)(1) .

وذعر حيوان على أثر وقوع صاعقة ، وانسعار الكلب ، كل هذا قد يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً إذا كان غير ممكن التوقع مستحيل الدفع (٢) .

٥٩١ – أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى : وإذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى هو السبب الوحيد فى وقوع الضرر ، انعدمت علاقة السببية ، ولا تتحقق المسئولية كما قدمنا (2) .

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٥٩٩ – فقرة ١٦٠٥ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٦٠٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مسئولية الحكومة المصرية عن عدم إمداد أحد المحضرين بالحماية الكافية فى أثناء قيامه بمأمورية خطرة تخضع للقواعد العامة ، ومن ثم يجب إثبات خطأ فى جانب الحكومة وقيام سببية مباشرة ما بين هذا الخطأ والضرر الذى أصاب المحضر . ولا يجوز أن يكون الخطأ الذى سبب الضرر مباشرة فى هذه الحالة هو ما قيل من رفض رئيس البوليس المحلى إعطاء المحضر قوة كافية لحمايته عندما طلب ذلك ، ما دام لم يثبت أن الاعتداء على المحضر ، الذى كان مفاجئا بقدر ما هو عنيف ، لم يكن فى هذه الظروف من المستطاع تفاديه (استئناف مختلط فى ٢٩ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٨) .

(1) أ – يشترط فى خطأ الغير الذى يعفى الناقل من المسئولية إعفاء كاملا ألا يكون فى مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذى سبب الضرر للراكب .

(جلسة ٦٢/٤/٢٦ س ١٣ ص ٥٢٢)

(جلسة ١٩٦٩/٣/٧ الطعن ٧٨٤ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٧٤٢)

(جلسة ١٩٦٦/١/٢٧ الطعن ٣٠٠ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ١٣٩)

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٨ الطعن ١٨٩٨ لسنة ٥٧ ق)

ب – فعل الغير يرفع المسئولية عن الأعمال الشخصية أو يخفف منها إذا اعتبر هذا الفعل خطأ فى ذاته وأحدث وحدة الضرر أو ساهم فيه .

(جلسة ١٩٧٣/٦/١٢ الطعنان ٢٩ ، ٣١ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ٨٩٤)

جـ – تمسك المدعى عليه فى دعوى المسئولية بخطأ الغير ، عدم جواز التحدى بهذا الدفاع لاول مرة أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٧٦/٦/٢٩ الطعن ٢٦٢ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ١٤٥٤)

(2) متى كانت الواقعة ناشئة عن حادث قهرى ، لا يد للمتهم فيه ولا فى قدرته منعه ، فلا مسئولية عليه ولا على المسئول عن الحق المدنى .

(جلسة ١٩٣٢/١١/١٤ الطعن ٢ لسنة ٢ ق جنائى)

(جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٤٤١)

(جلسة ١٩٦٨/١٢/١٩ الطعن ١٩٠ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١٥٥١)

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧ الطعن ٩٧٩ لسنة ٤٧ ق س ٣١ ص ٩٣٠)

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام ، بل [و]قف تنفيذه حتى يزول الحادث، فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال [ال]حادث .

هذا ويجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، ويترتب على ذلك أنه يجوز لهما أن يتفقا على أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا يخلى المدين من التزامه ، أو أن يتفقا على عدم إخلال المدين من التزامه عند وقوع حادث معين كالإضراب أو الحرب (١) .

٢ - خطأ المضرور

٥٩٢ - وضع المسألة : نستبعد صورة لا محل للكلام فيها لوضوح حكمها : ألا يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ويقع الضرر بفعل المضرور نفسه . فقد خرجنا هنا عن نطاق المسئولية التقصيرية ، إذ لا يوجد أمامنا مسئول . فالمضرور هو الذى ألحق بنفسه الضرر ، وكان هذا بفعله ، سواء كان هذا الفعل خطأ أو غير خطأ .

وإنما يكون الكلام فى خطأ المضرور إذا وقع من المدعى عليه خطأ ثابت أو مفروض ووقع فى الوقت ذاته خطأ من المضرور ، ويراد أن نعرف أثر خطأ المضرور فى مسئولية المدعى عليه. ويشترط فى هذه الحالة أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ وأن يكون له شأن فى إحداث الضرر (١) .

أما أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ ، فذلك لأن مجرد الفعل الذى يصدر من المضرور ولا يكون خطأ لا يصح أن يكون من شأنه أن يمحو أو يخفف من مسئولية المدعى عليه، وإلا لتعذر على المضرور أن يرجع بتعويض كامل عما أصابه من الضرر . فهو إذا دهمه القطار أو السيارة قد شارك بفعله فى إحداث هذا الضرر : ألم يمش فى الطريق فدهمته السيارة ! ألم يحاول إدراك القطار فدهسه ! وقل أن يصاب شخص بضرر دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه ، وإنما يصح أن يؤثر الفعل الصادر من المضرور فى مسئولية المدعى عليه إذا كان هذا الفعل خطأ . ويقاس الخطأ هنا بمعياره المعروف : انحراف المضرور فى سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد . وكل ما قيل هناك فى خطأ المسئول يقال هنا فى خطأ المضرور (٢) .

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٦١٥ - فقرة ١٦٢١ . وانظر فقرة ٦٥٤ فيما يلى .

(٢) وإذا كان للمدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور على النحو الذى سنبينه كان له أيضا أن يحتج بهذا الخطأ على ورثة المضرور . فإذا كان المضرور قد أخطأ ، وكان خطؤه سبباً فى وقوع الحادث الذى انتهى بموته ، كان للمدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور على ورثته كما كان يستطيع أن يحتج بهذا الخطأ على المضرور نفسه لو بقى حياً . هذا إذا كان الوارث يرفع دعوى المضرور باعتباره وارثاً . أما إذا رفعها أصيلا فى دعوى المسئولية باعتبار أنه قد أصابه ضرر مباشر من موت المصاب ، فلا يجوز للمدعى عليه فى هذه الحالة أن يحتج عليه بخطأ المصاب إلا بالقدر الذى يستطيع به الاحتجاج بخطأ الغير ، إذ

وأما أن يكون خطأ المضرور له شأن فى إحداث الضرر ، فذلك لأن المدعى عليه إنما يحتج به لأن له علاقة بالضرر الذى وقع ، فلو لم يكن لهذا الخطأ شأن فى إحداث الضرر لما كان للمدعى عليه أن يحتج به (١) .

فإذا تحقق أن وقع من المدعى عليه خطأ ومن المضرور خطأ آخر . وكان لكل من الخطأين شأن فى إحداث الضرر (٢) ، وجب أن نعرف إلى أى حد يؤثر خطأ المضرور فى

= المضرور الأصلى فى الفرض الذى نحن بصدده هو الوارث ، والمصاب يعتبر من الغير بالنسبة إليه. ولكن يلاحظ أن الوارث إذا طالب بالتعويض كاملا ، فإن المدعى عليه من حقه أن يرجع على المصاب فى تركته بقدر مسئوليته ، ويكون الوارث مسئولا عن ذلك فى حدود نصيبه فى التركه . ويلاحظ كذلك أنه يجوز الاحتجاج على الوارث بخطئه هو ، كما لو كان المصاب طفلا دهسته سيارة والوارث أبوه وقد أخطأ فى القيام بواجبه من الرعاية لطفله بتركه أياه دون رقيب .

(١) ولا نعرض هنا لما إذا كان المضرور قد استطاع إثبات أن الضرر ليس له إلا سبب واحد هو خطأ المدعى عليه أو استطاع المدعى عليه إثبات أن فعل المضرور هو وحده سبب الضرر . ففى الحالة الأولى يكون المدعى عليه مسئولا عن تعويض الضرر تعويضاً كاملا، ولا دخل لفعل المضرور أو لخطئه فى الضرر الذى حدث . وفى الحالة الثانية يكون فعل المضرور وحده هو السبب فيما أصابه من ضرر ، ولا دخل لخطأ المدعى عليه فى هذا الضرر فلا تتحقق مسئوليته أصلا .

(٢) ومن التطبيقات القضائية لهذا الوضع ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا لم يقف سائق الترام فى المحطة ومع ذلك تسلق أحد الركاب على نحو غير مسموح به دون أن يلتفت إليه السائق وعلى غير انتظار ، فأصيب من جراء ذلك ، فإن السائق لا يكون مسئولا (استئناف مختلط فى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣) . أما إذا نزل الراكب عند تهدئة السائق للسير وهو يقترب من محطة إجبارية فإنه لا يرتكب إلا خطأ يسيراً جداً يجبه خطأ السائق إذا كان هذا بعد التهدئة لم يقف ، بل عاود السير بعد أن ترك الركاب يظنون أن هذه التهدئة أمام المحطة الإجبارية سيعقبها الوقوف (استئناف مختلط فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٢) . وفى قضية أخرى هدأ السائق من سيره أمام محطة إجبارية ولكنه لم يقف ، وكن أحد الطلبة قد تعلق بمركبة ، وأسرع السائق فى السير ، فسقط الطالب بين عجلات الترام ومات فى المستشفى ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ مشتركا بين السائق الذى أسرع بعد أن أوهم الناس أنه سيقف فى المحطة الإجبارية وبين الطالب الذى تعلق بالمركبة والترام يسير ولو بعد تهدئة السير (استئناف مختلط فى ١٦ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٧) . وإذا قامت الإدارة بأعمال حفر فى الطريق العام ، فحفرت خندقا فى عرض شارع رئيسى ، وأتى راكب الموتوسيكل وهو يعلم بوجود الخندق ولم يقلل السرعة ، كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط فى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٤٩) .

انظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٥ مارس سنة ١٩٠٠م ١٢ ص ١٥٧ (صاحب ماكينة طحين كان من واجبه أن يحتاط فيقيم إفريزا يفصل ما بينه وبين الطريق العام) - وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٧ (شخص حكم عليه من محكمة غير مختصة فلم يستأنف الحكم ورجع على الضامن، فتمسك الضامن بخطأ المدعى فى عدم استئناف الحكم) - وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢١ (أعطى الكمسارى إشارة المسير قبل الأوان ، والطفل لم تحافظ عليه مرافقته ، فالخطأ مشترك) - وفى ٢٦ يونية سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٨ (خطأ مشترك بين سائق السيارة وأحد المارة) .

أنظر أيضاً فى تطبيقات قضائية فى فرنسا مازو ٢ فقرة ١٤٧١ - فقرة ١٤٧٤ - ٤ .

المسئولية التي نجمت عن خطإ المدعى عليه [(1)]. وهنا يجب ن نميز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر ، أو بقى كل من الخطأين مستقلا عن الخطأ الآخر فتكوّن منهما خطأ مشترك .

٥٩٣ – استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر : إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، لم يكن للخطأ المستغرق من أثر . فإذا خطأ المدعى عليه هو الذى استغرق خطأ المضرور، كانت مسئولية المدعى عليه كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور [(2)] . أما إذا كان خطأ المضرور هو الذى استغرق خطأ المدعى عليه ، فإن مسئولية المدعى عليه ترتفع لانعدام رابطة السببية .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين : الحالة الأولى إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر ، والحالة الثانية إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر .

٥٩٤ – الحالة الأولى – أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر : مهما كان أحد الخطأين يفوق في جسامته الخطأ الآخر ، فإنه لا يتصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إلا في صورتين : الصورة الأولى هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو خطأ عمدى، والصورة التالية هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر وذلك في بعض الأحوال وهي قليلة .

ففي الصورة الأولى يكون أحد الطرفين ، المدعى عليه أو المضرور ، أراد إحداث الضرر

(1) متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت ان الاصابات التي لحقت بالمطعون عليها كانت نتيجة مباشرة لخطأ عامل المصعد وأنه وا ن كان ثمة خطأ مشترك بين عامل المصعد والمصابه إلا أن هذا الخطأ ليس من شأنه أن يمحو حق المصابه في التعويض وإن كان يؤثر في تقدير المبلغ الذى يقضى لها به ، فإن هذا الذى قرره الحكم هو تقرير موضوعى لا خطأ فيه .
(جلسة ١٩٥٤/٥/٢٠ الطعنان ٢٤٧ ، ٤٢٩ لسنة ٢١ ق)
(جلسة ١٩٥٣/٦/١٦ مجموعة أحكام النقض الجنائي السنة ٤ ص ٩٨١)
(جلسة ١٩٦٣/١٢/١٢ الطعن ١٧ لسنة ٢٩ س ٢٤ ص ١١٥٦)

(2) أ – خطأ المضرور يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجانى وكان كافيا بذاته لاحداث النتيجة و تقدير توافر السببية بين الخطأ والنتيجة أو عدم توافرها من المسائل الموضوعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها ما دام تقديرها سائغا مستندا إلى أدلة مقبولة .
(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٥ الطعن ٢٣١١ لسنة ٥ ق)

ب – انفراد الدائن بالخطأ أو استغراق خطئه خطأ المدين بحيث كان هو السبب المنتج للضرر حق الدائن في التعويض فلا يكون مستحقا أصلا . اسهام الدائن بخطئه في وقوع الضرر هو الآخر في تنفيذ التزامه . أثره . عدم أحقيته في اقتضاء تعويض كامل .
(الطعون أرقام ١٨٥٩ ، ٢٤٤٤ ، ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٢)

متعمداً ، أما الآخر فصدر منه خطأ غير متعمد . فإذا كان المدعى عليه هو الذى أراد إحداث الضرر متعمداً ، كانت مسئوليته متحققة ، ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل في إحداث الضرر . ذلك أن تعمد المدعى عليه إحداث الضرر هو وحده الذى نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المضرور فلم يكن إلا ظرفاً استغله المدعى عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر . فإذ تعمد سائق السيارة أن يدهس رجلا مكفوف البصر يسير في الطريق دون قائد ، لم يجز له أن يحتج بخطأ المضرور لتخفيف مسئوليته ، ولا يسمع منه في معرض الدفاع عن نفسه أن المضرور سار في الطريق دون قائد وهو مكفوف البصر فيكون قد أخطأ ، ذلك أن السائق تعمد دهس المضرور ولم يكن خطأ المضرور إلا ظرفا استغله السائق في إنفاذ نيته . أما إذا كان المضرور هو الذى تعمد إلحاق الضرر بنفسه ، استغرق خطؤه خطأ المدعى عليه ، وارتفعت مسئولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية كما قدمنا . فلو أن شخصاً أراد الانتحار ، فانتهز فرصة أن سائقا يسير بسرعة تجاوز الحد المفروض ، فألقى بنفسه أمام السيارة ، فهو وحده الجاني على نفسه ، ولا يجوز أن يحتج – هو لو نجا أو ورثته لو مات – بأن السائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأ ، فإن تعمده الانتحار هو وحده الذى نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المدعى عليه فلم يكن إلا ظرفاً استغله المضرور لتنفيذ قصده [(1)] .

وفي الصورة الثانية يكون المضرور قد رضي بما وقع عليه من الضرر . ويجب بادئ الأمر أن نرسم الدائرة التي يعتبر المضرور في نطاقها راضياً بالضرر . فرضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر بنفسه ومجرد علمه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريده ، كما يقع ذلك في المبارزة ، فكل من المتبارزين قد رضى أن يموت أو أن يجرح ولكنه لا يريد لنفسه هذا الضرر . وقد يعلم المضرور بالضرر ولكنه لا يرضى به ، فمن اشترك في إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى أن ينجم من ضرر عن هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضي بهذا الضرر إلا بقدر ما تنطوى عليه اللعبة في العادة من أخطار . فلعب

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المجنى عليه تعمد الإضرار بنفسه ، فانتهز فرصة خطأ الجاني واتخذه وسيلة لتنفيذ ما تعمده من إيقاع الضرر بنفسه ، فلا يقضى له بتعويض (نقض جنائي في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . وتدق الحالة لو أن كلا من المدعى عليه والمضرور قد أراد إحداث الضرر ، كما إذا دفع مصاب بمرض مستعص طبيباً في أن يخلصه من حياته . وعندنا أنه إذا لم يستغرق خطأ المريض خطأ الطبيب في هذه الحالة ، وبقي خطأ الطبيب قائماً ، ولم تنتف المسئولية عن طريق انتفاء الخطأ ، فإنها تنتفى عن طريق انتفاء الضرر ، فإن الطبيب لم يحدث ضرراً بمريض خلصه من حياة شقية .

على أنه إذا استقلت نية المدعى عليه في إحداث الضرر عن نية المضرور في إلحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك تواطؤ بين الطرفين ، فالظاهر أن خطأ المدعى عليه العمدى هو الذى يبقى قائما، وهو الذى يستغرق خطأ المضرور العمدى، وتتحقق مسئولية المدعى عليه كاملة .

الكرة أو «التنس» لا ينطوى عادة على خطر ، فمن اشترك فيه يمكن أن يقال عنه أنه يعلم بالضرر ولكنه لم يرض به . «والملاكمة» والمصارعة تنطوى عادة على خطر ، فمن اشترك فيهما يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر وقد رضى به . وصيد البط يعلم الصائد فيه بالضرر ولكنه لم يرض به ، أما صيد الوحوش المفترسة فقد علم فيه الصائد بالضرر ورضى به . والذى يعنينا هنا هو أن يكون المضرور قد رضى بالضرر ، فلا يرتفع إلى حد أن يريده ، ولا ينزل إلى مجرد العلم به . والقاعدة أن رضاء المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ ، ولا يزال المدعى عليه خاطئاً حتى لو رضى المضرور بما وقع عليه من الضرر. فالطبيب إذا أجرى لمريض عملية جراحية خطرة في غير ما ضرورة يكون مخطئاً حتى لو رضى المريض بإجراء هذه العملية . والمهندس إذا نفذ تصميماً معيباً يكون مخطئاً حتى لو رضى عميله بهذا التصميم . فرضاء المضرور بالضرر لا يمنع إذن من أن يكون فعل المدعى عليه خطأً . ولكن هل يستغرق رضاء المضرور هذا الخطأ كما استغرقه إرادة المضرور للضرر فيما سبق لنا أن بيناه ؟ واضح أن هناك فرقاً ظاهراً بين أن يريد المضرور الضرر وبين أن يرضى به . وإذا كان معقولا فى الحالة الأولى أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه ، فليس من المعقول أن يكون مجرد رضاء المضرور بالضرر من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه. فالأصل إذا أن رضاء المضرور يترك فعل المدعي عليه كما هو ، فلا يزيل عنه صفة الخطأ ولا يستغرقه . ويكون المدعى عليه مسئولا عما أحدثه بخطئه من الضرر مسئولية كاملة . ولكن قد يكون رضاء المضرور بالضرر يعد خطأً منه ، ففى هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعى عليه كما هو الشأن فى الخطأ المشترك . فينظر فى كل حالة هل كان المضرور مخطئاً عندما رضى بالضرر[1] . ويكون فى أكثر الأحوال مخطئاً . فمن رضى أن يركب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك ، أو ترك سائق السيارة يسوقها وهو فى حالة سكر بين، أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة ، يكون قد رضى بالضرر ويعد رضاؤه هذا وخطأ من شأنه أن يخفف من مسئولية السائق . ومن رضى بإجراء عملية تجميل خطرة بالرغم من نصح الطبيب له بعدم إجرائها يكون قد رضى بالضرر رضاؤه خطأ يخفف من مسئولية الطبيب، ولكن إذا رضى بإجراء العملية مع علمه بخطرها وكان رضاؤه بناء على إشارة الطبيب، لم يكن هذا الرضاء خطأ ولم يكن من شأن أن يخفف من مسئولية الطبيب . وكذلك الحكم إذا أقدم المهندس على تشييد بناء معيب وكان ذلك برضاء العميل ، فإن كان الرضاء قد وقع بالرغم من نصح المهندس كان خطأً يخفف من مسئوليته ، وإن كان قد وقع بناء على إشارة المهندس لم يكن خطأً وبقيت مسئولية المهندس كاملة . هذا وفى بعض الأحوال القليلة قد

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه « لا ينبغى أن يعتد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز لاتفاق على الإعفاء من المسئولية . وفى حدود هذا الجواز فحسب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٠) . ولكن يجب أن يضاف إلى ذلك حالة ما إذا كان رضاء المضرور بالضرر يعتبر خطأ منه فتتبع فى هذه الحالة قواعد الخطأ المشترك .

يصل خطأ المضرور فى رضائه بالضرر حداً من الجسامة يجعل من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فتنتفى المسئولية عن هذا لانعدام رابطة السببية . فصاحب السفينة الذى يرضى عن بينة بنقل مهربات حربية فتصادر سفينته ، لا يرجع بشئ على صاحب المهربات[1] . والمرأة البالغة سن الرشد غير الغرة إذا انقادت عن شهوة إلى معاشرة خليلها لا ترجع عليه بالتعويض[2] . وإذا اتفق أهالي بلدين على المضاربة معاً ، ومات أحدهم في أثناء المضاربة، فلا حق لورثته في التعويض لأنه هو الذى عرض نفسه باختياره إلى القتل[3] . وهذه الأحوال القليلة هى التى أشرنا إليها وفيها يستغرق رضاء المضرور بالضرر خطأ المدعى عليه .

٥٩٥ – الحالة الثانية – أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر : إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطإ المدعى عليه ، استغرق الخطأ الثانى الخطأ الأول ، واعتبر خطأ المدعى عليه هو وحده الذى أحدث الضرر ، وتكون مسئولية المدعى عليه مسئولية كاملة . فإذا ركب شخص مع صديق له فى سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً فى سيره بها . فنجم عن هذا السير السريع خطر دفع الراكب تحت تأثير الفزع إلى أن يأتى بحركة خاطئة التماساً للنجاة ، فأضر بنفسه ، كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة لخطأ المدعى عليه ، فاستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب ، وتحققت مسئولية الصديق كاملة[4] . وكذلك يكون الحكم إذا ارتكب المريض

(١) استئناف مختلط فى ٢٢ يونية سنة ١٨٩٨م ١٠ ص ٣٢٨ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦ ص ١٨٣ – وأنظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٠ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢١٥ (لا تعويض لأحد فى حالة تقاذف طرفى الخصوم) – وبنى سويف فى ١٩ يونية سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٦ ص ٣٨ (لا تعويض فى حالة تضارب فريقين وإصابة أحدهم بضربة أفضت إلى موته) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن كل مضاربة تتضمن بطبيعتها واقعتين بالنسبة إلى كل متضارب، واقعة يكون هو فيها جانياً على غيره والأخرى يكون مجنياً عليه من هذا الغير . فمن يطلب التعويض منهما تطبق على طلبه قواعد المسئولية المدنية . ويقدر التعويض بحسب جسامة خطأ غريمه الناشئ عنه الضرر مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو فى إحداث الضرر لنفسه أو تسببه فيه . ثم يقضى له بالتعويض الذى يستحقه أو يرفض طلبه متى كان خصمه أيضا قد طلب تعويضاً فوجدت المحكمة بعد البحث على الطريقة المتقدمة أن تعويض خصمه يعادل تعويضه أو وجدت أنه يربو على تعويضه فأوقعت المقاصة بين التعويضين وقضت لخصمه بالزائد . وكل ما تجريه المحكمة من ذلك يجب بيانه في الحكم، ولا يكفى فى ذلك قول المحكمة من بادئ الأمر إنه ما دام كل فريق قد اعتدى على الآخر فقد سقط حقه فى طلب التعويض على كل حال لأن هذا مخالف لقواعد المسئولية (نقض جنائى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . ونرى من ذلك أن محكمة النقض لم تذهب إلى أن المضاربة تنطوى على عنصر رضاء المضرور بالضرر ، بل تعتبر كل متضارب معتدياً ومجنياً عليه ، فتأخذ منه بقدر ما اعتدى وتعطى له بقدر ما اعتدى عليه . وإذا كان هذا صحيحاً فى المضاربة بوجه عام ، إلا أن الاتفاق على المضاربة – وهو أقرب ما يكون إلى المبارزة – ينطوى كما هو ظاهر على معنى رضاء المضرور بالضرر الذى قد يقع عليه .

(٤) أنظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩ .

... على إشارة خاطئة من الطبيب ، فإن خطأ الطبيب ... إذ الخطأ الثانى ليس إلا نتيجة للخطأ الأول ، فيكون الطبيب مسئولا ع... التعويض كاملا . وهذا هو شأن الموكل يخطئ اتباعاً لنصيحة خاطئة من محاميه ، فيستغرق خطأ المحامى خطأ الموكل لأن الخطأ الثانى هو نتيجة الخطأ الأول .

أما إذا كان خطأ المدى عليه هو نتيجة خطأ المضرور ، فإن خطأ المضرور هو الذى يستغرق خطأ المدعى عليه ، ولا نقف الا عند خطأ المضرور سبباً للضرر الذى وقع ، فلا تتحقق مسئولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية . فإذا دهس سائق السيارة أحد العابرة، وأثبت أن المضرور تحول فجأة من جانب الطريق إلى الجانب الآخر دون أى احتياط وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للإصابة ، فقد أثبت أن الخطأ المفروض فى جانبه – وهو الخطأ فى الحراسة – ليس إلا نتيجة خطأ المضرور ، واستغرق خطأ العابر خطأ السائق ، وانعدمت علاقة السببية ما بين خطأ السائق والضرر ، فانتفت مسئولية السائق إذا اعتبر خطأ المضرور هو وحده السبب فى وقوع الضرر (١) .

٥٩٦ – الخطأ المشترك : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بل بقيا متميزين كل منهما اشترك فى إحداث الضرر مستقلا ، كان للضرر سببان : خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور . وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune)(٢)(1) .

والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً فى إحداث الضرر ، إذ لولاه لما وقع هذا الضرر. ولما كان كل من المدعى عليه والمضرور مسئولا بقدر ما أحدث من ضرر ، وكان خطأ كل منهما سبباً لوقوع الضرر كله كما قدمنا ، فإن المسئولية تكون بالتساوى بينهما ، ويكون المدعى عليه مسئولا عن نصف الضرر ، ويتحمل المضرور النصف الآخر فلا يرجع على

(١) وقد جرى القضاء فى فرنسا ، لتيسير عبء الإثبات على السائق ، على أن يسمح للسائق بإثبات أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، فيكون هذا الخطأ بمثابة القوة القاهرة (انظر فى هذا القضاء مازو ٢ فقرة ١٥٢٧ – ٢) .

(٢) التعبير غير دقيق ، فالخطأ ليس مشتركا ارتكبه الاثنان معاً ، بل هما خطآن مستقلان أحدهما ارتكبه شخص والثانى ارتكبه الآخر (لالو فقرة ٣٤٨ – مازو ٢ فقرة ١٥٠٧) .

(1) أ – اثبات مساهمة المضرور فى الفعل الضار أو أن الضرر بفعله وحده من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ، كما أن استخلاص ما إذا كانت سرعة السيارة فى ظروف معينة تعد عنصراً من عناصر الخطأ أو لا تعد هى مسألة تقديرية متروكة لمحكمة الموضوع بلا معقب .

(جلسة ١٩٩٠/٦/٢٧ الطعن ٩٥٠ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٨٣/١١/١٣ الطعن ٥٢٢ لسنة ٤٥ ق س ٣٤ ص ٢٠٢)

جلسة ١٩٥٤/٥/٢٠ الطعنان ٢٤٧ ، ٤٢٩ لسنة ٢١ ق)

ب – ان اشتراك المجنى عليه فى الخطأ المسبب للحادث مما يوجب توزيع المسئولية المدنية على قدر...

(جلسة جنائى ١٩٥٥/٤/٩ الطعن ٢٧ لسنة ٢٥ ق)

المدعى عليه إلا بنصف الضرر (١) . ولو أن المدعى عليه شخصان لا شخص واحد ، وكانا ... والمضرور مسئولين بالتساوى ، فإن المضرور يرجع على أى منهما بثلثى الضرر لأنه يتحم... الثلث الباقى ولأن المدعى عليهما متضامنان فى الثلثين . وهكذا توزع المسئولية على المدع... عليهم والمضرور على عدد الرؤوس (par part virile) . وفى هذا تطبيق خاص لقاعدة تعد... المسئولين ، فقد نصت المادة ١٦٩ من القانون المدنى الجديد على أنه «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض» . ووجه أن التطبيق خاص هنا هو أنه يوجد بين المسئولين المتعددين المضرور نفسه ، فيجب أن يدخل فى الحساب عند توزيع المسئولية ، فيتحمل نصيباً منها بالتساوى مع المسئولين المتعددين .

على أن القانون المدنى الجديد لم يترك هذه المسألة الهامة دون أن يفرد لها نصاً خاصاً. فقضى فى المادة ٢١٦ بأنه «يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه» (٢) . فالمضرور ، طبقاً ...

(١) أنظر تحليلا آخر يقرب مما قدمناه فى مازو ٢ فقرة ١٥١١ . وسنرى أن القضاء يميل إلى توزيع المسئولية بحسب جسامة الخطأ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «على أنه يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر ، أو زاد فيه ، أو كان سوأ مركز المدين» . وقد أقره لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ٢٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت عبارة «أو سوأ مركز المدين» ، لأنه يحسن إعمال القواعد العامة فى هذه الحالة ولا سيما أن الحالة التى أغفلت تدخل ضمن إحداث الضرر أو الزيادة فيه. وأصبح رقم المادة ٢١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٨ – ص ٥٥١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «تعرض هذه المادة لحكم الخطأ المشترك ، وهو يسرى على المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء . وقد تقدمت الإشارة إلى أن القاضى لا يحكم بالتعويض متى أقام المدين الدليل على أن الضرر نشأ عن خطأ الدائن وحده ، وأثبت بذلك وجود السبب الأجنبى . وكما أن حق الدائن فى التعويض يسقط عند انفراده بإحداث الضرربخطئه ، كذلك لا يكون من حقه أن يقتضى تعويضاً كاملا إذا اشترك بخطئه فى إحداث هذا الضرر أو زاد فيه أو سوأ مركز المدين . ويتوقف مقدار ما ينقص من التعويض بوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب الدائن أو المدين فى إحداث الضرر . وقد جعلت المادة ٣٥٤ من التقنين الألمانى من هذا الترجيح عنصراً من عناصر التوجيه ، فنصت على أنه «إذا كان لخطأ المضرور نصيب فى إحداث الضرر عند وقوعه توقف قيام الالتزام بالتعويض ومدى التعويض الواجب أداؤه على الظروف ، وبوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب أى من الطرفين فى إحداث الضرر» . وليس بممتنع إزاء ذلك أن يرجع نصيب الدائن فى إحداث الضرر رجحانا يثير أمر البحث فى قيام الالتزام بالتعويض بأسره . وهذا هو المعنى الذى قصدت المادة ٢٩٤ إلى استظهاره بنصها على أن للقاضى ... بتعويض ما» . ويراعى أن رضاء المضرور بالضرر الحادث لا يؤخذ إذا ...

لهذا النص ، لا يتقاضى تعويضا كاملا، بل يتحمل نصيبه فى المسئولية [1] . ونبادر إلى

= انتقاص التعويض . فالتقنين الألمانى لا يجعل من هذا الرضاء سبباً للانتقاص (م ٢٥٤) على نقيض ما يقضى به التقنين السويسرى (م ٤٤ فقرة ١) فى هذا الشأن ، فلا ينبغى أن يعتد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية ، وفى حدود هذا الجواز فحسب . وتعين فكرة الخطأ المشترك على ضبط حدود فكرة تقاربها ، هى فكرة «النتيجة الطبيعية» أو «المألوفة» لتخلف المدين . فقد تترتب على هذا التخلف نتائج يتفاوت مدى بعدها عنه ، وبذلك يسفر الموقف عن حلقات متسلسلة من الضرر لا يدرى لدى أيها ينبغى الوقوف . ومناط الحكم فى هذه الحالة هو فكرة النتيجة الطبيعية أو المألوفة . فيعتبر من قبيل النتائج الطبيعية أو المألوفة التى يجب التعويض عنها كل ضرر لم يكن فى وسع الدائن عقلا أن يحول دون وقوعه . ذلك أن امتناعه عن اتخاذ الحيطة المعقولة لحصر هذا الضرر فى أضيق حدوده يكون بمنزلة الخطأ ، وبعبارة أخرى يترتب على هذا الامتناع قيام خطأ مشترك يستتبع الانتقاص من التعويض ، بل وسقوط الحق فيه أحياناً ، وقد طبق القانون الألمانى تلك الفكرة فنص فى المادة ٢٥٤ على وجوب إنقاص التعويض بل وسقوط الحق فيه «إذا انحصر خطأ المضرور فى عدم تنبيه المدين إلى خطر ضرر بالغ الجسامة لم يكن يعلم به ولم يكن يتحتم عليه العلم به أو فى عدم دفع هذا الخطر أو الحد منه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٩ – ص ٥٥٠) .

هذا وقد ورد فى المادة ٢١٦ أن القاضى ينقص مقدار التعويض إذا كان الدائن بخطئه قد زاد فى إحداث الضرر . ومثل ذلك شخص يجرح فى حادث ، يهمل فى علاج نفسه ، فيزيد فى الضرر (استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٧ – وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩) . ومثل ذلك أيضا حادث يصيب منزلا فيجعله غير قابل للسكنى مدة معينة ، فيهمل صاحب المنزل فى إصلاحه ، وتطول من جراء ذلك المدة التى يبقى فيها المنزل غير صالح للسكنى ، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من هذه المدة (أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨) . انظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ – وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٢ – وفى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٠ – وفى ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٩ – وفى ١٤ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ – وفى ٣٠ يونية سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٦٦ ص ٤٧٠ – وفى ١١ مايو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ رقم ٤٨ – وفى أول يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦١ – وفى ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٣ – وفى ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ رقم ٣٥ ص ١٨٥ – وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ – وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ – وفى أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٢٣٩ ص ٣٠٣ – وفى ... فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨ .

ولكن المضرور لا يتحمل خطأ الغير فى زيادة الضرر وعلى المسئول أن يرجع على هذا الغير . ... أحدث شخص كسراً فى أحد أعضاء جسم المضرور ، ووقع خطأ فى جبر الكسر تسبب عنه زيادة ... فالمضرور لا يكون مسئولا عن هذا الخطأ وله أن يتقاضى من المسئول تعويضا عن زيادة ... وللمسئول أن يرجع على من وقع منه الخطأ فى جبر الكسر (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ... م ٤٦ ص ٢٩٦) .

(1) لما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت خطأ الطاعن متمثلا فى اخلال بواجب المحافظة على مجموعة الشيكات المسلمة إليه من البنك فتمكن مجهول من الحصول على واحد منها وتزوير قيمته فانه يكون قد أثبت الخطأ فى جانب الطاعن وبين علاقة السببية بينه وبين الضرر ... وخلص من ذلك إلى الزام كل من الطاعن والمطعون ضده بنصف قيمة الشيك موضوع ... حدود ما حصله من وجود خطأ مشترك بين الطاعن والمطعون ضده فان النعى عليه بالخطأ ...

ملاحظة أمرين فى شأن النص : أولهما أنه يقول «يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض» . ومعنى الجواز فى الإنقاص احتمال ألا ينقص القاضى من التعويض شيئاً، ويكون ذلك فى حالة ما إذا كان خطأ المضرور قد استغرقه خطأ المدعى عليه على النحو الذى بيناه . والأمر الثانى أن النص يقول «أو لا يحكم بتعويض ما» ، ويكون ذلك فى حالة ما إذا كان خطأ المدعى عليه قد استغرقه خطأ المضرور فى الصور التى أسلفنا ذكرها [٢] .

= تطبيق القانون بمقولة انعدام رابطة السببية بين ما ارتكبه الطاعن من خطأ وبين الضرر الواقع فعلا متمثلا فى صرف قيمة الشيك لمن زور امضاء الطاعن عليه يكون معيبا غير سديد .

(جلسة ١٩٧٧/٣/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٦١٩)

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١٢٣٨)

(١) ونحن نفرض فى غالب ما قدمناه أن كلا من الخطأ الذى وقع من المسئول والخطأ الذى وقع من المضرور هوخطأ واجب الإثبات وقد ثبت فى جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مفترضاً فى جانب أى منهما أو فى جانب كليهما .

مثل الخطأ المفترض فى جانب المسئول أن يرتكب صبى فى رعاية أبيه خطأ يلحق ضرراً بشخص آخر، فيرجع المضرور على الأب يطالبه بتعويض الضرر على أساس خطأ مفترض فى جانب الأب . فيثبت الأب خطأ فى جانب المضرور ، فهل له أن يحتج بهذا الخطأ ليخلص من المسئولية كلها أو بعضها ؟ يستطيع الأب بادئ الأمر أن يثبت أنه لم يخطء فى رعاية ولده ، فينفى بذلك الخطأ المفترض فى جانبه ، ويخلص من المسئولية بتاتاً . ولكن إذا عجز الأب عن نفى الخطأ فى جانبه ، فهل له أن يحتج بما أثبته من خطأ المضرور ؟ ما دام قد ثبت خطأ فى جانب المضرور فالضرر على أقل تقدير له سببان لا سبب واحد: خطأ المضرور الثابت وخطأ الأب المفترض . فتطبق قواعد الخطأ المشترك ، وتقسم المسئولية بين المضرور والأب . ويستطيع الأب أن يخلص من المسئولية كلها اذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بواجب الرعاية بما ينبغى من العناية (أنظر المادة ١٧٣ فقرة ٣ من القانون المدنى الجديد) . وقد يكون الخطأ المفترض فى جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة يدهس عابراً فى الطريق وثبت خطأ فى جانب المضرور . هنا أيضا خطأ مشترك ، خطأ العابر الثابت وخطأ السائق المفترض ، فتقسم المسئولية بين السائق والعابر . ويستطيع السائق أن يخلص من المسئولية كلها إذا هو أثبت أن الخطأ فى الحراسة ، وهو الخطأ المفترض فى جانبه ، لا دخل له فى إحداث الضرر ، وأن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجبه فى الحراسة كما ينبغى . ومن ذلك أن يثبت أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه فيكون بمثابة القوة القاهرة ، وقد مر بيان ذلك . والمهم فى الصورة التى نحن بصددها أن السائق لا يستطيع الخلاص من المسئولية بنفى الخطأ المفترض فى جانبه ، لأن الخطأ هنا لا يقبل إثبات العكس ، وهذا بخلاف الصورة الأولى حيث يستطيع الأب أن ينفى الخطأ المفترض فى جانبه كما قدمنا .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب المضرور أن سائق السيارة ، وهو يريد أن يتفادى دهس عابر كان يسير فى الطريق دون احتياط ، ينحرف عن الجادة ويصطدم بحائط فيصاب بضرر . فالسائق فى هذا المثل هو المضرور . فهل يستطيع العابر الذى كان يسير فى الطريق دون احتياط فثبت الخطأ فى جانبه أن يحتج بخطأ مفترض فى جانب السائق ؟ لا يجوز ذلك إطلاقاً ، لأن الخطأ المفترض فى جانب السائق إنما فرض لمصلحة من يصيبه السائق بالضرر ، فهو خطأ مفترض فى مصلحة المضرور . والمضرور هنا هو السائق كما قدمنا ، فلا يقوم الخطأ المفترض ضد مصلحته . وينبنى على ذلك أن المسئول ، وهو عابر =

بقى أن كلا من النصين – المادة ١٦٩ والمادة ٢١٦ – يدع مجالا للقاضى أن يوزع التعويض على المسئولين المتعددين، ومن بينهم المضرور نفسه، لا على عدد الرؤوس في بالتساوى فيما بنيهم ، بل على أساس آخر . والظاهر أن هذا الأساس الآخر هو جسامة الخطأ الذى صدر من كل من المسئولين. وفى هذا يتمشى القانون المدنى الجديد مع القضاء المصرى (1).

= الطريق ، لا يستطيع أن يحتج على السائق بخطأ مفترض ، ويبقى خطأه هو – وهو السير فى الطريق دون احتياط – السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، وتكون مسئوليته عن هذا الضرر كاملة.

ومثل الخطأ المفترض فى جانب كل من المسئول والمضرور أن تصطدم سيارتان ولا يستطيع أحد من السائقين أن يثبت خطأ فى جانب السائق الآخر . فإذا أصيبت إحدى السيارتين دون الأخرى بالضرر ، فإن سائق السيارة غير المصابة يكون مسئولا عن هذا الضرر كاملا ، ولا يستطيع أن يحتج بخطأ مفترض فى جانب سائق السيارة المصابة كما رأينا فيما تقدم . أما إذا أصيب السيارتان معاً بالضرر، فإن كلا من السائقين يعوض السائق الآخر تعويضاً كاملا ما أصاب سيارته من الضرر ، ولا يستطيع أن يحتج عليه بخطأ مفترض فى جانبه . ولا يجوز القول إن الخطأ المفترض فى جانب سائق يتهاتر مع الخطأ المفترض فى جانب السائق الآخر ، فيتخلص كل منهما من المسئولية بتاتاً ، فإن هذا معناه أن الخطأ يفترض ضد مصلحة المضرور ، وهذا غير مستساغ كما بينا .

(انظر فى هذا الموضوع مازو ٢ فقرة ١٥١٥ – فقرة ١٥٣٧)

(١) وقد وضعت محكمة النقض المبدأ الذى يسير عليه القضاء المصرى فى هذا الصدد فيما قضت به من أنه إذا كان المضرور قد أخطأ أيضاً ، وساهم هو الآخر بخطئه فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك يجب أن يراعى فى تقدير مبلغ التعويض المستحق له ، فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير، لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئاً عن خطأين ، خطئه هو وخطأ غيره ، ذلك يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما ، وبناء على عملية تشبه المقاصة لا يكون الغير ملزماً إلا بمقدار التعويض المستحق عن كل ضرر منقوصا منه ما يجب أن يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذى وقع منه (نقض جنائى فى ٢ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢٠٠ ص ٤٨٦) .

وقضت هذه المحكمة أيضا قبل ذلك بأن المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) قد نصت على إلزام كل من يقع منه فعل ضار بالغير بتعويض الضرر الذى ترتب على فعله ، فإذا كان المضرور قد أخطأ هو الآخر وساهم فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك ، وإن كان يجب أن يراعى عند تقدير التعويض الذى يطالب به المضرور ، لا يصلح أن يكون سبباً لرفع المسئولية المدنية عمن اشترك معه فى حصول الضرر ، وإذن فإذا كان الحكم قد قضى برفض الدعوى المدنية بناء على ما قاله من «تكافؤ السيئات» المستفاد من البيانات التى أوردها أنه إنما قصد أن المجنى عليهم وقع من جانبهم هم أيضا خطأ فى حق أنفسهم ، ولم يقصد أن الخطأ تسبب عنه أى ضرر بالمدعى عليه ، فإن هذا يكون مقتضاه إلزام المتهم للمجنى عليهم بالتعويض مع مراعاة درجة خطئهم من الجسامة (نقض جنائى فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٨ ص ٥١٧) . وقضت الدائرة المدنية من محكمة النقض بمثل ذلك فقالت : إذا كان ما يراه قاضى الموضوع من إثبات مساهمة المضرور فى الفعل الضار لتوزيع المسئولية بينه وبين من اشترك معه فى إحداث الضرر متعلقاً بفهم الواقع فى الدعوى ولا رقابة عليه لمحكمة النقض ، فإن وصف الأفعال التى وقعت من المضرور فى الحدث الضار وأسس عليها اشتراكه فيه هو من التكييف الذى تراقبه هذه المحكمة ، وإذا كان مجرد ركوب شخص مع صديق له فى سياره يقودها هذا الصديق مع علمه بسرعة سيره بها هو مما لا يعتبر فى بعض صور اشتراكا فى الخطأ الذى وقع فيه قائد السيارة، وإذا كان قيام هذا الراكب تحت تأثير الفزع بحركة ما التماساً للنجاة فأضر بنفسه لا يعتبر كذلك اشتراكا

= فى خطأ القائد ، فإن لا شك فى أن مساهمة هذا الراكب فى الاتفاق مع قائد السيارة على إجراء مسابقة بها هى مما يجعله مخطئا كالمتسابقين ومشتركا معهم فى خطئهم ومسئولا عما يحدث من جراء ذلك . والأصل أن الضرر المترتب على فعل مضمون ومهدر يسقط فيه ما يقابل المهدر ويعتبر ما يقابل المضمون ، فينبغى إذن أن يستنزل من التعويض ما يقابل الفعل الذى ساهم به المضرور فى الضرر، ويعتبر الفعل الذى وقع من الغير (نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك أن توزيع المسئولية فيما بين المدينين المتضامنين يكون بحسب جسامة الخطأ الذى صدر من كل منهم (استئناف مختلط فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ – وأنظر أيضا : استئناف مختلط فى ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٣). وأحكام القضاء المصرى من وطنى ومختلط كثيرة فى هذا الموضوع . أنظر : استئناف وطنى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٥ ص ٦٥ (صدمة تسببت من إهمال فى قيادة عربة وثبت أنه كان فى إمكان المجنى عليه منع الحادثة لو لم يكن تحت تأثير الحشيش) – استئناف وطنى فى ٧ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٣٤ ص ١٨٦ (طفلة عمرها ثلاث سنوات دهسها القطار بسبب ترك السور الذى يحول بين منزل والدها وقضبان السكك الحديدية دون ملاحظة فأزال العمال بعض الأعمدة لتقصير الطريق إلى منازلهم : خطأ مشترك من مصلحة السكك الحديدية ووالدى الطفلة لتركها وحدها خارج المنزل) – استئناف مصر الوطنية فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٥ ص ٣١٥ – وفى ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٩٢ ص ٨٠٦ (إهمال السائق والمجنى عليه) . وقد يذهب القضاء إذا كان خطأ المضرور فاحشاً إلى حد إن يجعل هذا الخطأ يستغرق خطأ المسئول : استئناف وطنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٤٨ ص ١٠٧ (شخص أصابه ضرر من مصادمة وقعت بإهمال مصلحة السكك الحديدية ، فرفض طلب التعويض لأنه كان موجوداً خارج باب العربة فى أثناء سير القطار) – استئناف وطنى فى أول ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٥٢ ص ٢٣٣ (يمر الأهالى من غير المزلقان الذى أعدته المصلحة للجمهور فدهم أحدهم القطار فقتله ، فاستغرق خطأ المضرور خطأ المسئول ورفض طلب التعويض) – استئناف مختلط فى ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨ (تلميذ صغير عمره ٩ سنوات : لا خطأ على والده أن يتركه يذهب إلى المدرسة بمفرده) – استئناف مختلط فى ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦ (مثل القضية السابقة) – استئناف مختلط فى ٩ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٢ (خطأ مشترك لأن والد بنت صغيرة تركها فى الشارع المزدحم بالحركة دون رقيب) . استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٠٤ (التعويض الذى يعطى لقريب الميت فى حالة الخطأ المشترك يكون هو أيضا مخففاً كما لو كان الميت هو الذى يطالب شخصياً بالتعويض) . أمثلة أخرى من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : استئناف مختلط فى ٢ فبراير سنة ١٨٨٧ بوريللى م ٢١٣ رقم ١٥ – وفى ١٣ يونية سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ٢٥٥ – وفى ١٢ يونية سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٢١ – وفى ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥ – وفى أول يونية سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٢٣ ص ٣٠٦ – وفى ١٧ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ – وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣١ – وفى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٠ – وفى ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ – وفى ١٦ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٣ – وفى ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ – وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٥ – وفى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٢ .

وهناك أحكام قليلة لمحكمة الاستئناف المختلطة توزع التعويض بعدد الرؤوس لا بحسب جسامة الخطأ: استئناف مختلط فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ – وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٧ .
=

والقضاء الفرنسي [1] ، ونصوص التقنينات الحديثة [2] . ولا يلجأ القاضي إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامة كل خطأ ، فعندئذ يفرض التكافؤ فيها جميعاً ، ويجرى التوزيع بالتساوى على المسئولين ومنهم المضرور نفسه [3] .

هذا ويمكن تطبيق القاعدة المتقدمة في حالة ما إذا كان كل من الطرفين مسئولا ومضروراً في الوقت ذاته ، كما إذا تصادمت سيارتان ، فأصاب السيارة الأولى ضرر قدر بمبلغ خمسين جنيها ، وأصاب السيارة الثانية ضرر قدر بمبلغ عشرين جنيهاً . وثبت الخطأ في جانب كل من السائقين . أما الضرر الذى أصاب السيارة الأولى وقدره خمسون جنيها فيقسم بين السائقين بحسب جسامة الخطأ ، فإذا فرض أن القاضي لم يستطع أن يتبين هذه الجسامة قسم بالتساوى ، فيكون السائق الثاني مسئولاً قبل السائق الأول بمبلغ خمسة وعشرين جنيهاً . وأما الضرر الذى أصاب السيارة الثانية وقدره عشرون جنيها فإن يقسم أيضا بالتساوى بين السائقين ، فيكون السائق الأول مسئولا قبل السائق الثاني بمبلغ عشرة جنيهات. وبعد أن تجرى المقاصة يدفع السائق الثاني إلى السائق الأول في النهاية خمسة عشر جنيها [4] .

= هذا ولا يكون هناك خطأ مشترك إذا كان ثمة خطآن متميزان كل منهما أحدث أثراً مستقلا عن الآخر . فإذا سلم قلم الكتاب شهادة خاطئة ترتب عليها إدراج دائن في المرتبة الأولى خطأ ، فلا يجوز لقلم الكتاب أن يحتج على هذا الدائن بأنه هو أيضا أخطأ في أنه جعل قيده يمتد إلى أموال غير مملوكة لمدينة ما دام مال المدين المأخوذ عليه القيد يكفى لوفاء الدين في المرتبة التى أدرج فيها [illegible] (استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٣). وكذلك إذا كان خطأ المضرور [illegible] سبباً مباشراً في إحداث الضرر ، كما إذا علقت عجلات عربة بشريط الترام عن خطأ من السائق [illegible] هو يعالج تخليص العربة مدة ربع ساعة إذا بترام أتى مسرعاً سرعة غير عادية فقتل السائق ، [illegible] الترام وحده هو المسئول لا سائق العربة (استئناف مختلط في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص [illegible]

(١) أنظر في تحليل القضاء الفرنسي مازو ٢ فقرة ١٥١٢ .

(٢) التقنين الألماني م ٢٥٤ - التقنين البولوني م ١٥٨ فقرة ٢ - المشروع الفرنسي الإيطالي م ٧٨ [illegible]

(٣) وفى هذا ، كما جاء في مازو ٢ بقية ظاهرة من ميل القضاء إلى قياس التعويض على أساس [illegible] الخطأ، مما يلبس لخطأ المدني لباساً ذاتياً يقربه من الخطأ الجنائي (أنظر في نقد هذا مازو [illegible] ١٥١٢) . على أن هذا هو الحل العملي العادل ، وهو إذا تعارض مع المنطق المحض ، فإنه [illegible] ذلك حلا إنسانياً يصعب الانحراف عنه . وهذا ما يقوله حتى نفس الأستاذين مازو (أنظر [illegible] ١٩٧٣ ص ٨٢١) . ومع ذلك فإن المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد تجعل الأصل [illegible] القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى على عدد الرؤوس ، وسيأتي بيان ذلك (أنظر فقرة [illegible] الهامش) .

(٤) ويتبين من ذلك أن كلا من السائقين يتحمل في النهاية نصف مجموع الضررين (٥٠ + [illegible] = ٣٥) . فالسائق الأول أصيب بضرر قدره خمسون جنيها ، تقاضى منه خمسة عشر جنيها [illegible] في النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنيها ، والسائق الثاني أصيب بضرر قدره عشرون جنيها [illegible] للسائق الأول خمسة عشر جنيها ، فيكون قد تحمل في النهاية ضرراً قدره خمسة [illegible] هو أيضا.

٣ - خطأ الغير

٥٩٧ - وضع المسألة : نستبعد هنا أيضاً ، كما فعلنا عند بحث خطأ المضرور ، حالة ما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ووقع الضرر بفعل الغير وحده . فإن فعل الغير إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر ، فإن كان خطأ كان الغير وحده هو المسئول ، وإن لم يكن خطأ كان من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فلا يكون أحد مسئولا .

أما إذا وقع خطأ من المدعى عليه ، واشترك في إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير، كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير في مسئولية المدعى عليه . ويشترط هنا أيضاً كما اشترط في فعل المضرور أن يكون فعل الغير خطأ له شأن في إحداث الضرر [1] .

فإذا لم يكن فعل الغير خطأ فليس له أثر في مسئولية المدعى عليه ، وكان هذا وحده هو المسئول ، وكانت مسئوليته كاملة . فلابد إذن أن يكون فعل الغير خطأ . ويقاس الخطأ بمعياره المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد . ولابد كذلك أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر ، وإلا لما جاز للمدعى عليه أن يحتج به إذ لا علاقة له بالضرر [1] .

ويجب ألا يكون الغير الذى ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعى عليه مسئولا عنهم . فلو كان هذا الغير ولداً للمدعى عليه أو تلميذاً أو تابعاً ، فلا يكون للخطأ

= هذا ويختلف حل المسألة ذاتها لو أن الخطأ كان مفترضا في جانب كل من السائقين . فقد قدمنا أن كلا من السائقين في هذه الحالة يعوض السائق الآخر عن الضرر الذى أصابه تعويضاً كاملا. فيكون السائق الأول مسئولا إزاء السائق الثاني بمبلغ عشرين جنيها، ويكون السائق الثاني مسئولا إزاء السائق الأول بمبلغ خمسين جنيها ، فتقع المقاصة . ويبقى السائق الثاني مسئولا إزاء السائق الأول بمبلغ ثلاثين جنيها . وكان في الصورة الأخرى مسئولا بمبلغ خمسة عشر جنيها فقط .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا انتزع المالك منقولات المستأجر وبضائعه بعد أن أخذ مشورة أحد المحامين وطبقاً لهذه المشورة ، فانتفت نية الغش وهى ضرورية لوجود الجريمة ، فمن ناحية المسئولية المدنية ، حيث لا يجوز الجهل بالقانون بتاتاً ، وحيث تقوم المسئولية على مجرد الخطأ ، لا يكون لمشورة المحامى أى أثر (استئناف مختلط في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٧) . فيلاحظ أن المحكمة في هذه القضية لم تجعل لخطأ الغير (وهو هنا المحامى) أثراً في مسئولية المالك . وهذا بخلاف ما إذا كان الضرر من خطأ المحامى قد وقع على المالك مباشرة ، فقد رأينا أن الخطأ يكون مشتركاً في هذه الحالة . ولعل المحكمة اعتبرت في القضية التى نحن بصددها أن خطأ المالك ، وهو يعمل تحت مسئوليته في تصرفه نحو الغير ، قد استغرق خطأ المحامى .

(١) المقرر قانونا أن فعل الغير أو المضرور لا يرفع المسئولية عن الأعمال الشخصية أو يخفف منها إلا اعتبر هذا الفعل خطأ في ذاته وأحدث وحده الضرر أو ساهم فيه .
(جلسة ١٩٩١/٢/٢٨ الطعن ١٨٩٨ لسنة ٥٧ ق)

الصادر منه أثر فى مسئولية المدعى عليه نحو المضرور [1] .

وليس من الضرورى أن يكون الغير معروفاً ، فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث وقد هرب دون أن يعرف ، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسئولية المدعى عليه [2] .

٥٩٨ – أثر خطأ الغير فى خطأ المدعى عليه – استغراق أحد الخطأين للآخر : إذا كان لكل من خطأ المدعى عليه وخطأ الغير شأن فى إحداث الضرر ، وكان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر ، اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب فى إحداث الضرر . فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ الغير فى هذه المسئولية . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فالغير وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ المدعى عليه فى هذه المسئولية .

ويستغرق أحد الخطأين الآخر – كما بينا فى صدد الكلام فى خطأ المضرور – إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذى دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولا يرد هنا ما رأيناه فى خطأ المضرور من أن رضاءه قد يستغرق خطأ المدعى عليه ، فإنه إذا أمكن أن يتصور استغراق رضاء المضرور لخطأ المدعى عليه ، فلا يتصور أن خطأ المدعى عليه يستغرقه رضاء الغير .

٥٩٩ – تعدد المسئولين : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بقيا قائمين ، واعتبر أن كلا منهما سبب فى إحداث الضرر . وهذه هى حالة تعدد المسئولين : فقد اشترك مع المدعى عليه شخص آخر فى إحداث الضرر ، فأصبح المسئول أكثر من شخص واحد .

وقد نصت المادة ١٦٩ من القانون الجديد ، السابق ذكرها ، على هذه الحالة . فقضت بما يأتى :

---

(١) ويبنى على ذلك أن خطأ الوالد أو التلميذ أو التابع لا يجوز أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، بل يبقى هذا دائماً هو المسئول نحو المضرور ، ويدفع له التعويض كاملا . ولكن هذا لا يمنع من رجوع المدعى عليه ببعض هذا التعويض أو كله على الغير الذى ارتكب الخطأ ولو كان هو مسئولا عن هذا الغير نحو المضرور .

أما إذا لم يكن المدعى عليه مسئولا عن الغير ، فالخطأ الذى يصدر من هذا الأخير يكون من شأنه يؤثر فى مسئوليته ، بل يجوز أن يستغرق خطأه ، حتى لو قامت علاقة بين المدعى عليه والغير، كأن أعار صاحب السيارة سيارته لأحد من أهله أو من أصدقائه ، وهو ليس مسئولا عنه ، وارتكب الغير الصديق خطأ ، عند خطأ صادراً من الغير ، وجاز أن يستغرق خطأ المدعى عليه .

(٢) فيجوز أن يستغرق خطأ هذا الغير المجهول خطأ المدعى عليه .

«إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض» [1] .

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ٢٣٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر . ٢ – ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب يحدده القاضى حسب الأحوال وعلى قدر جسامة الخطأ الذى وقع من كل منهم ، فإن استحال تحديد قسط كل منهم فى المسئولية تكون القسمة سوية بينهم» . وفى لجنة المراجعة أقر النص بعد إدخال تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٧٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عى المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول جعل التضامن فيما بين المسئولين إجبارياً بحكم القانون أو اختيارياً بحكم القاضى ، وحول الأساس الذى تقوم عليه قسمة التعويض فيما بين المسئولين . وانتهى رأى اللجنة إلى أنها حذفت الفقرة الثانية من النص ، وأضافت إلى الفقرة الأولى عبارة «وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض» . وقد روعى فى هذه الإضافة إن يكون الأصل هو المساواة فى المسئولية بين من وقع منهم الفعل الضار ، إلا أن للقاضى أن يعدل فى نصيب كل منهم فى التعويض حسب تقديره للظروف . وأصبح رقم المادة ١٦٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٢ – ص ٣٨٩) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «لا يقتصر هذا النص على تقرير التضامن بين من يشتركون فى إحداث ضرر معين عند رجوع المضرور عليهم ، وهو ما يقضى به التقنين المصرى الحالى فى المادة ٢١١/١٥٠ ، بل يتناول فوق ذلك تعيين كيفية رجوع المسئولين فيما بينهم إذا قام أحدهم بأداء التعويض بأكمله . ففيما يتعلق برجوع المضرور على المسئولين عن العمل الضار يكون هؤلاء متضامنين دون حاجة للتفريق بين المحرض والفاعل الأصلى والشريك، على نحو ما فعل تقنين الالتزامات السويسرى فى المادة ٥٠ (أنظر أيضا المادتين ٩٩/١٠٨ من التقنين التونسى والمراكشى والمادة ١٣٠١ من التقنين النمساوى) . «ويلاحظ أن هذه المادة نفسها تنص أيضاً على أن مخفى الشئ المسروق لا يلتزم بالتعويض إلا إذا أصاب نصيباً من الربح أو أحدث ضرراً بمعاونته. ويؤدى هذا إلى التفريق بين حالتين : (الأولى) حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين دون أن يكون فى الوسع تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم ، أو تحديد نسبة مساهمة كل منهم فى إحداثه، وفى هذه الحالة لا يكون ثمة معدى عن تقرير التضامن بينهم جميعاً (أنظر المادتين ١٠٠/١٠٩ من التقنين التونسى والمراكشى والمادة ٨٣٠ من التقنين الألمانى) . (والثانية) حالة إمكان تعيين محدثى الضرر من بين من وقع منهم الفعل الضار رغم تعددهم وإمكان تحديد نصيب كل منهم فى إحداثه، وفى هذه الحالة لا يسأل كل منهم إلا عن الضرر الحادث بخطئه ، ولا يألون البتة على وجه التضامن (أنظر المادة ١٣٦ من التقنين البولونى والمادة ١٣٠٢ من التقنين النمساوى) وهذا هو حكم حالة الأخفاء التى تقدمت الإشارة إليها فى التقنين السويسرى . أما فيما يتعلق برجوع المسئولين فيما بينهم عند التضامن ، فيحدد القاضى ما يؤديه كل منهم معتداً فى ذلك بجسامة الخطأ الذى وقع منه ونصيب هذا الخطأ فى إحداث الضرر وكل طرف آخر من شأنه أن يكشف عن مدى مساهمة المسئول فى الضرر الحادث من هؤلاء المسئولين جميعاً . فإذا استحال تحديد قسط كل منهم فى المسئولية ، فتكون القسمة سوية بينهم ، إذ المفروض أن الدليل لم يقم على تفاوت تبعاتهم . وقد واجه تقنين الالتزامات السويسرى حالة تعدد المسئولين عن ذات الضرر مع اختلاف أسباب المسئولية ، كأن يسأل البعض على أساس العمل غير المشروع ، والبعض على أساس التعاقد ، والبعض بمقتضى نص فى القانون . وقد قضى =

ويلاحظ أن النص قرر التضامن فيما بين المسئولين ، فيجوز إذن للمضرور أن يرجع على من المدعى عليه أو الغير بالتعويض كاملا [1] . ثم يتقاسم المسئولان الغرم فيما بينهما

= هذا التقنين بإلزام كل منهم في هذه الصورة بأداء عين الدين إلزاماً مبتدأ ، وقرر في المادة ٥١ فيما يتعلق بعلاقة بعضهم بالبعض الآخر أن تبعة الضرر تقع أولا على عاتق من أحدثه من بين المسئولين بعمل غير مشروع ، وتقع أخيراً على عاتق من يسأل عنه بمقتضى نص في القانون دون أن يكون مسئولا بناء عى خطأ وقع منه أو بناء على التزام تعاقدى، وغنى عن البيان أن هذا الحكم لا يتيسر الأخذ به إلا بمقتضى نص خاص» ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٣ – ص ٣٨٤).

(١) ونحن نفرض هنا ، كما فرضنا عند بحث خطأ المضرور ، أن كلا من الخطأ الذى وقع من المسئول والخطأ الذى وقع من الغير هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت في جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مفترضاً في جانب أى منهما أو في جانب كليهما . مثل الخطأ المفترض في جانب المسئول أب مسئول عن خطأ صدر من ابنه ، وثبت في الوقت ذاته خطأ في جانب الغير كان هو أيضاً السبب في إحداث الضرر الذى جعل الأب مسئولا عنه . فيجوز للأب – كما قدمنا في صدد خطأ المضرور – أن يثبت أنه لم يخطئ في رعاية ولده ، فينفى الخطأ المتفرض في جانبه ، ويخلص من المسئولية بتاتاً . فإذا عجز عن ذلك بقى الخطأ مفترضاً في جانبه ، وهناك خطأ آخر ثابت في جانب الغير ، فيكون الأب والغير مسئولين بالتضامن نحو المضرور تطبيقاً للمادة ١٦٩ المتقدمة الذكر . وإذا دفع الأب التعويض كاملا للمضرور ، رجع به كله على الغير الذى ثبت الخطأ في جانبه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ المفترض في جانب الأب ، لأن هذا الافتراض لم يقمه القانون إلا لصالح المضرور وحده ، وإذ استطاع الأب أن يثبت أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر – بأن يثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجب الرعاية كما ينبغي – تخلص من المسئولية بتاتاً حتى نحو المضرور ، ولا يستطيع هذا أن يرجع إلا على الغير الذى ثبت خطؤه ، ويرجع عليه بالتعويض كاملا ولا يرجع الغير بشئ على الأب. وقد يكون الخطأ المفترض في جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة دهس أحد العابرة ، وأثبت خطأ شخص اعترض طريقه فجأة فاضطره إلى الانحراف عن الطريق فدهس العابر، هنا لا يستطيع السائق ، كما استطاع الأب في المثل السابق ، أن ينفى الخطأ عن جانبه لأنه مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . بقى أنه أثبت خطأ الغير ، فبالنسبة إلى المضرور يكون كل من السائق والغير مسئولا بالتضامن ، ويستطيع المضرور أن يرجع على أى منهما بالتعويض كاملا . فإذا رجع على السائق رجع هذا على الغير الذى ثبت خطؤه بكل ما دفعه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ المفترض في جانب السائق لأن هذا الافتراض لم يقمه القانون إلا لصالح المضرور وحده . أما إذا رجع المضرور على الغير ، فلا يرجع هذا على السائق بشئ لأنه لم يثبت في جانبه خطأ ولا يجدى الخطأ المفترض في جانبه كما قدمنا . ويستطيع السائق أن يتخلص من المسئولية بتاتاً نحو المضرور إذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بواجبه في الحراسة كما ينبغي ، لأنه يثبت بذلك أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر ، وفي هذه الحالة لا يرجع المضرور إلا على الغير ، ويرجع عليه بالتعويض كاملا ، ولا يرجع الغير بشئ على السائق . ويستطيع السائق ، الإثبات أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بواجبه في الحراسة ، أن يثبت أن خطأ الغير كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه فيكون بمثابة القوة القاهرة ، فيخلص السائق من المسئولية على النحو الذى قدمناه (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ١٠ – وفي ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤ – وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٠) – وقد يزيد الضرر الذى أحدثه السائق عن الضرر الذى قصد تفاديه فلا تكون ثمة قوة قاهرة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المتهم ارتكب ما ارتكبه مريداً مختاراً بعد أن وازن بين أمرين ، القضاء على حياة الغلام الذى اعترض سبيله

والأصل بحسب النص أن تكون القسمة بالتساوى على عدد الرؤوس ، إلا إذا استطاع القاضي أن يحدد جسامة كل من الخطأين فيجوز له أن يجعل القسمة بحسب جسامة الخطأ. وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في خطأ المضرور [1] .

٦٠٠ – اشتراك خطأ المدعى عليه وخطأ الغير وخطأ المضرور في إحداث الضرر : وقد يساهم في إحداث الضرر خطأ أول يثبت في جانب المدعى عليه ، وخطأ ثان يثبت في

= عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على إفريز الشارع حيث وقعت الواقعة ، وكان الفعل المرتكب في حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تفاديه ، بل كان بالبداهة أهم منه شأناً وأجل خطراً وأكبر قيمة ، فإن التعويض يكون واجباً إذا ما لحق الغير ضرر (نقض جنائي في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ ص ٤٦٨ – وانظر في الفقه والقضاء الفرنسيين في هذه المسائل مازو ٢ فقرة ١٦٥٢ – فقرة ١٦٥٣ – ٢) .

ومثل الخطأ المفترض في جانب الغير هو عين المثل المتقدم إذا اعتبر المضرور الغير الذى كان سبباً في دهس السيارة إياه هو الفاعل الأصلي فرجع عليه بالتعويض كاملا . ولا يستطيع الفاعل الأصلي أن يرجع على السائق – وقد أصبح السائق هنا هو الغير – لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض في جانب السائق إذ أن هذا الخطأ لم يفترض إلا لمصلحة المضرور كما قدمنا . ومثل ذلك أيضا سيارتان اصطدمتا ، فأصيب من جراء هذا الاصطدام عابر في الطريق ، واستطاع المضرور أن يثبت خطأ في جانب أحد السائقين دون الآخر ، فإن السائق الذى ثبت في جانبه الخطأ ودفع التعويض كاملا لا يستطيع الرجوع بشئ على السائق الآخر – وهو هنا الغير – إذ لا يوجد في جانب هذا الأخير إلا خطأ مفترض .

ومثل الخطأ المفترض في جانب كل من المسئول والغير سيارتان اصطدمتا ، فأصيب عابر من جراء هذا الاصطدام ، ولم يستطع المضرور إثبات خطأ في جانب أى من السائقين ، فللمضرور الرجوع على أى منهما بالتعويض كاملا بمقتضى الخطأ المفترض . ويبقى أن نرى هل يستطيع من دفع التعويض أن يرجع على المسئول الآخر بنصيبه فيه ؟ كان القياس ألا يرجع لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض في جانب السائق الآخر ، ولكن القول بذلك يفتح الطريق أمام المضرور للتحكم ما بين السائقين ، فأيهما يختار يضطره إلى دفع التعويض كاملا دون رجوع على المسئول الآخر . ومن أجل ذلك جرى الفقه والقضاء في فرنسا على أن يرجع السائق الذى دفع التعويض كاملا على السائق الآخر بنصيبه في هذا التعويض (مازو ٢ فقرة ١٦٦١) .

(١) ولابد أن نلاحظ هنا أن النص جعل الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى على عدد الرؤوس . وهذا ظاهر أيضاً من الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمادة ١٦٩ وقد نقلناها فيما تقدم . فقد كان المشروع النهائي ينص على القسمة تبعا لجسامة الخطأ ثم عدل فجعل الأصل أن تكون القسمة بالتساوى . أما القضاء المصرى فكان يجرى على أن الأصل هو أن تكون القسمة بحسب جسامة الخطأ. فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن حادثة الإصابة الخطأ وقعت باشتراك شخصين في الخطأ، وجب توزيع المسئولية عليهما كل بمقدار خطئه (نقض جنائي في ٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢/١٥٩ ص ٣٢٥). وأنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٤ – وفي ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٥ – وفي ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٦ – وفي ١٦ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢ .

جانب الغير ، وخطأ ثالث يثبت في جانب المضرور [1] . ففي هذه الحالة يتحمل المضرور ، وقد ثبت خطأ في جانبه ، ثلث الضرر ، ويتحمل المدعى عليه والغير متضامنين بالثلثين الباقيين . فيرجع المضرور بثلثي التعويض على المدعى عليه أو على الغير ، ويرجع من دفع الثلثين على المسئول الآخر بالثلث . هذا ما لم ير القاضي أن يكون التوزيع لا على عدد الرؤوس بل بحسب جسامة خطأ كل من الثلاثة [1] .

---

(1) إذا كانت المحكمة قد أثبتت وقوع خطأ من المجنى عليه وقالت أنه لا يجب الخطأ الواقع من المتهم فإن معنى ذلك أنها رأت أن خطأ الطاعن يربى على خطأ المجنى عليه ، واذ كانت الدعوى لم ترفع بالمطالبة بكامل التعويض عن الحادث ، بل بالتعويض الذى طلبه والد المجنى عليه بصفة مؤقتة وهو مبلغ ٢١ جنيها وصدر الحكم بذلك ، فإنه لا يكون هناك محل لما يثيره الطاعن في شأن المشاركة في الخطأ، وتأثير ذلك على مقدار ما يتحمله من التعويض .

(جلسة ١٩٥٣/٦/١٦ الطعن ١٣١٤ لسنة ٢٢ ق)

(١) أما إذا كان هناك خطأ مفترض : فإن كان مفترضا في جانب المضرور وحده وخطأ كل من المدعى عليه والغير ثابت ، لم يحتج بهذا الخطأ المفترض على المضرور لأنه أقيم لصالحه كما قدمنا، ورجع المضرور على أى من المسئولين بالتعويض كاملا ، ورجع هذا بنصف التعويض على المسئول الآخر .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب المدعى عليه وحده وخطأ كل من المضرور والغير ثابت ، فالقياس أن يرجع المضرور بثلثي التعويض على أى من المدعى عليه أو الغير ، ولكن هذا الحل يجعل الغير يضار بالخطأ المفترض في جانب المدعى عليه ، إذ لو انتفى هذا الخطأ ، وبقى الخطأ الثابت في جانب كل من المضرور والغير ، لتحمل الغير نصف التعويض لا الثلثين . لذلك يرجع المضرور في الحالة التي نحن بصددها على الغير بالنصف ولا يرجع الغير بشئ على المدعى عليه ، وإذا رجع المضرور على المدعى عليه بالنصف ، رجع المدعى عليه بما دفع كاملا على الغير (أنظر في هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١٦٦٤ ص ٥٤٨ – ص ٥٤٩) .

وإذا كان الخطأ مفترضا في جانب الغير وحده وخطأ كل من المدعى عليه والمضرور ثابت، رجع المضرور ، للأسباب التي قدمناها في الصورة السابقة ، على المدعى عليه بنصف التعويض ، ولا يرجع هذا على الغير بشئ . ويجوز أيضاً للمضرور أن يرجع على الغير بالنصف ، ويرجع الغير بما دفعه كله على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المضرور والمدعى عليه وخطأ الغير ثابت ، رجع المضرور بالتعويض كاملا على الغير ولا يرجع هذا بشئ على المدعى عليه . ويستطيع المضرور كذلك أن يرجع بالتعويض كاملا على المدعى عليه ، ويرجع هذا على الغير بكل ما دفعه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المضرور والغير وخطأ المدعى عليه ثابت ، رجع المضرور بالتعويض كاملا على المدعى عليه ولا يرجع هذا بشئ على الغير . كما يجوز للمضرور أن يرجع بكل التعويض على الغير ، ويرجع هذا بكل ما دفعه على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المدعى عليه والغير وخطأ المضرور ثابت ، فليس للمضرور أن يرجع إلا بنصف التعويض على أى من المسئولين ، لأن خطأ ثبت في جانبه . ومن دفع نصف التعويض يرجع على المسئول الآخر بنصف ما دفع أى بنصف النصف .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الثلاثة جميعاً ، كما إذا اصطدمت سيارات ثلاث وأصيب إحداها ولم يستطع السائق المضرور أن يثبت خطأ أى من السائقين الآخرين ، جاز للسائق المضرور =

المطلب الثاني

انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر

٦٠١ – **حالتان** : قد تتعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المدعى عليه أحد هذه الأسباب ، ولكن يؤدى هذا التعدد إلى انقطاع الصلة ما بين الخطأ والضرر فتنعدم علاقة السببية . وقد يكون للضرر سبب واحد هو خطأ المدعى عليه ، ولكن الضرر ذاته هو الذى يتعدد ، إذ تتعاقب الأضرار ، فتنقطع الصلة ما بين بعضها وبين خطأ المدعى عليه من جراء تسلسل النتائج ، فتنعدم علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة .

ونستعرض كلا من الحالتين : (١) تعدد الأسباب (٢) تسلسل النتائج (أو تعاقب الأضرار) .

١ – تعدد الأسباب

٦٠٢ – **تعدد الأسباب مع الاستغراق أو دون استغراق** : كثيراً ما تتعدد الأسباب التي تتدخل في إحداث الضرر . وعند ذلك يعنينا أن نعرف هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً، القريب منها والبعيد ، ونعتبرها كلها أسباباً أحدثت الضرر ، أو نقف من هذه الأسباب عند المؤثر المنتج دون غير [1] .

ويحسن في هذا الصدد أن نميز بين حالتين في تعدد الأسباب: الحالة الأولى إذا تعددت الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى ، والحالة الثانية إذا تعددت الأسباب دون استغراق .

أ – تعدد الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى

٦٠٣ – **بقاء السبب المستغرق وحده مرتبا للمسئولية** : رأينا في بحث السبب الأجنبي أنه يجوز يكون للضرر سببان ، ولكن أحدهما يستغرق الآخر ، ويبقى هو السبب الوحيد الذى أحدث الضرر ، فتتحقق مسئولية صاحبه كاملة . ورأينا أن هذا يتحقق في فرضين :

١ – أن يكون أحد السببين خطأ عمداً والآخر غير عمد ، فيستغرق الخطأ العمد غير

= أن يرجع بالتعويض كاملا على أى من السائقين الآخرين ، والسائق الذى يدفع التعويض كاملا يرجع بنصفه على السائق الآخر (أنظر في هذا الموضوع مازو ٢ فقرة ١٦٦٤) .

(1) العبرة في تحديد المسئولية عند تعدد الاسباب المؤدية إلى الضرر يكون بتحديد السبب الفعال المنتج في احداثه دون السبب العارض .

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧ الطعن ٣٤٨ السنة ٤٧ ق)

(جلسة ١٩٨١/٢/١٢ الطعن ١٣٥٢ لسنة ٤٧ ق س ٣٢ ص ٤٨١)

العمد، ويصبح هو السبب الوحيد الذى نقف عنده [1] . فإذا تعمد شخص إحداث ضرر بآخر، وساعده على إحداث هذا الضرر خطأ ارتكبه المضرور أو ارتكبه الغير ، كما لو انتهز شخص فرصة سير غريمه في الطريق غير ملق بالا لما حوله فدهسه بسيارته ، أو رأى حفرة في الطريق حفرها الغير خطأ فأوقع غريمة فيها ، اجتمع سببان تدخلا في إحداث الضرر : تعمد الجاني وخطأ المجنى عليه أو خطأ الغير . ولا شك في أن تعمد الجانى قد استغرق خطأ المجنى عليه أو خطأ الغير . فالتعمد وحده هو الذى نقف عنده ، ويعتبر السبب الوحيد في إحداث الضرر ، ويكون المدعي عليه مسئولا وحده مسئولية كاملة .

٢ – أن يكون أحد السببين نتيجة للسبب الآخر . مثل ذلك أن يخطئ الطبيب في نصيحة المريض أو المحامي في توجيه الموكل أو المهندس في المشورة على العميل ، فيخطئ المريض أو الموكل أو العميل في اتباع النصيحة أو التوجيه أو المشورة فيصاب بالضرر . ومن ثم وجد سببان متواليان تدخلا في إحداث الضرر : المشورة الخاطئة وتنفيذ هذه المشورة . ولكن أحد السببين هو الذى ساق إلى السبب الآخر ، فكان هذا نتيجة له ، إذ المشورة هي التي ساقت إلى التنفيذ فكان التنفيذ نتيجة للمشورة . ويترتب على ذلك أن المشورة تستغرق التنفيذ، وتصبح هي وحدها السبب الذى نقف عنده ، وتتحقق مسئولية الطبيب أو المحامي أو المهندس وحده مسئولية كاملة .

ب – تعدد الأسباب دون استغراق

٦٠٤ – **نظريتان** : أما إذا تعددت الأسباب ولم يستغرق سبب منها الأسباب الأخرى، جاز عندئذ التساؤل هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً وهذه هى نظرية تكافؤ الأسباب théorie de l'équivalence des conditions-la condition sine aue non أو نقف منها عند الأسباب المؤثرة المنتجة وهذه هى نظرية السبب المنتج (théorie de la causalité adéquate) . وقد كان فقهاء الألمان – وتبعهم في ذلك فقهاء البلاد الأخرى – يقولون بنظرية تكافؤ الأسباب ، ثم هجروها وتبعهم فى ذلك أيضا غيرهم – إلى نظرية السبب المنتج ونستعرض الآن كلا من النظريتين .

٦٠٥ – **نظرية تكافؤ الأسباب** : قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون [illegible]

(1) ركن السببية فى المسئولية التقصيرية لا يقوم إلا على السبب المنتج الفعال المحدث للضرر دون [illegible] العارض الذى ليس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر مهما كان قد أسهم مصادفة في [illegible] كان مقترنا بالسبب المنتج ، لما كان ذلك ، وكان السبب المنتج الفعال فى وفاة ابن المطعون [illegible] اشعاله النار فى نفسه عمدا أما أهمال تابعى الطاعن في حراسته فلم يكن سوى سببا عارضا [illegible] شأنه بطبيعته إحداث هذا الضرر ومن ثم لا يتوافر به ركن المسئولية موضوع دعوى المطعون [illegible] يعتبر أساسا لها .

(جلسة ١٩٨٢/٦/٢٤ الطعن ٢٤٧ لسنة ٥١ ق س ٣٣ ص ٨١٨)

(Von Buri) [1] . ومؤداها أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر – مهما كان بعيداً – يعتبر من الأسباب التى أحدثت الضرر . فجميع الأسباب التى تدخلت فى إحداث الضرر متكافئة ، وكل واحد منها يعتبر سبباً فى إحداثه . ويكون للسبب دخل فى إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر . فلو أن ثملا سار فى عرض الطريق فدهسته سيارة مسرعة ، وكان من اليسير على سائق السيارة أن يتفادى الحادث لو أنه كان يسير بسرعة معتدلة ، كما كان يمكن للثمل أن يتفادى الحادث لو أنه كان مالكاً لتوازنه ، كان هناك سببان فى إحداث الضرر : خطأ السائق فى السير بسرعة كبيرة وخطأ المصاب في السير في الطريق العام وهو ثمل. ذلك أن الضرر ما كان ليقع لو لم يكن السائق مسرعاً ، وما كان أيضا ليقع لو لم يكن المصاب ثملا. فالسببان متكافئان فى إحداث الضرر ، ويعتبر كل منهما سبباً فيه، ويكون صاحبه مسئولا، فتتحقق المسئوليتان معاً . كذلك لو كان لشخص سيارة ولم يتخذ الاحتياطات المعقولة للمحافظة عليها فسرقت منه ، وساقها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد العابرة ، كان هنا أيضاً سببان فى إحداث الضرر : سرعة السائق وتقصير صاحب السيارة فى المحافظة عليها . فالضرر ما كان ليقع لو لم يكن السارق مسرعاً ، وما كان أيضا ليقع لو لم يهمل صاحب السيارة فتسرق منه . فالسببان متكافئان فى إحداث الضرر ، وكلاهما يعتبر سبباً فى إحداثه .

٦٠٦ – **نظرية السبب المنتج** : قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون كريس (Von Kries)[2] ، فانحاز لها الكثرة من الفقهاء فى ألمانيا وفي غيرها من البلاد . وساعد على هجر نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض كثرت، فأصبح من اليسير استظهار خطأ مفترض في جانب المدعى عليه ينضم إلى أخطاء أخرى أكثر وضوحاً وبروزا . فلو قلنا بنظرية تكافؤ الأسباب لوجب اعتبار جميع هذه الأخطاء، وفيها الخطأ المفترض ، أسباباً متكافئة. ومن ثم آثر الفقهاء نظرية السبب المنتج ، فيستعرضون الأسباب المتعددة التى كان لها دخل فى إحداث الضرر ، ويميزون بين الأسباب العارضة (fortuites) والأسباب المنتجة (adéquates) ، ويقفون عند الثانية دون الأولي ويعتبرونها وحدها السبب فى إحداث الضرر . وإذا قيل إن كلا من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل فى إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع ، إلا أن السببية بهذا المعنى هى السببية الطبيعية. ونحن إنما نريد السببية القانونية ، فنبحث أى الأسباب التى يقف عندها القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتبرها وحدها هى الأسباب التى أحدثت الضرر . والسبب العارض غير السبب المنتج . وإذا كان كلاهما تدخل في إحداث الضرر، ولولاه لما وقع ، إلا أن السبب المنتج هو السبب المألوف الذى يحدث الضرر فى العادة [3] ، والسبب العارض هو

(١) مازو ٢ فقرة ١٤٤٠ والمراجع المشار إليها .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٤٤١ والمراجع المشار إليها .

(٣) مارتى (Marty) في المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها .

السبب غير المألوف الذى لا يحدث عادة هذا الضرر ولكن أحدثه عرضاً . أرأيت لو أهمل صاحب السيارة فى المحافظة عليها فسرقت منه ، وعدا بها السائق فى سرعة كبيرة فدهس أحد العابرة ، فاجتمع سببان فى إحداث الضرر هما خطأ صاحب السيارة وخطأ السارق ، ماذا يكون من هذين السببين هو السبب المألوف ؟ أليس هو خطأ السارق فى أن يسير بسرعة كبيرة إذ هو الذى يحدث هذا الضرر فى العادة ، وأليس خطأ صاحب السيارة فى إهماله فى المحافظة عليها حتى سرقت منه وأن كان له دخل فى إحداث الضرر إلا أنه سبب غير مألوف لا يحدث عادة هذا الضرر ؟ فخطأ السارق وحده هو السبب المنتج ، أما خطأ صاحب السيارة فسبب عارض . ويجب الوقوف عند السبب المنتج دون السبب العارض وأعتبار صاحب السبب المنتج هو وحده المسئول . وفى مثل الثمل الذى دهسته السيارة المسرعة اجتمع سببان فى إحداث الضرر : خطأ الثمل وخطأ السائق . وكلاهما سبب مألوف يحدث هذا الضرر عادة ، فهما سببان منتجان ، وصاحباهما مسئولان معاً . ومن ثم يكون السببان فى هذا المثل منتجين وفقاً لنظرية السبب المنتج ، ومتكافئين وفقا لنظرية تكافؤ الأسباب .

ويتضح مما تقدم أن نظرية السبب المنتج هى النظرية الأحرى بالاتباع (١)(1).

٦٠٧ – الأثر الذى يترتب على تعدد الأسباب التى أحدثت الضرر : فإذا نحن عرفنا الأسباب التى أحدثت الضرر – سواء اهتدينا إلى هذه الأسباب عن طريق نظرية السبب المنتج أو عن طريق نظرية تكافؤ الأسباب – ووجدنا هذه الأسباب متعددة ، فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام فى السبب الأجنبى أن هذا التعدد له أثر كبير فى المسئولية . ونستعرض فى إيجاز

(١) أنظر فى تحول القضاء الفرنسي عن نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج مازو ٢ فقرة ٤٤٢ –٢ .

(1) رابطة السببية فى المسئولية التقصيرية تقوم على الخطأ المنتج للضرر ، والخطأ المنتج هو ما كانت مساهمته لازمه فى احداث الضرر ولم يكن مجرد نتيجة لخطأ آخر ، فإذا ما تعددت هذه الأخطاء اعتبرت أخطاء مستقلة متساندة تتوزع المسئولية عليها جميعا ولا ينفرد يتحملها الخطأ الأكبر وحده ذلك أن قضاء محكمة النقض جرى على أنه مهمـا كانت جسامة الخطأ الأشد فأنه لا يستغرق غيره من الأخطاء المستقبلة إلا إذا كان كافيا لأحداث النتيجة بالصورة التى تمت بها مستغنيا بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى ، لما كان ذلك وكانت احكام المسئولية التقصيرية لا تفرق بين الخطأ العمدى والخطأ غير العمدى ، فان الحكم المطعون فيه إذ خلص إلى انتفاء مسئولية المطعون ضده الثانى عن خطئه غير العمدى على سند من اطلاق القول بأن الخطأ العمدى يستغرق حتما الخطأ غير العمدى ورتب على ذلك وحده القضاء برفض دعوى الطاعن قبل المطعون ضدهما الثانى والثالث حاجبا نفسه عن بحث مدى أثر خطأ المطعون ضده الثانى فى احداث الضرر موضوع الدعوى ، يكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون . معيبا بالقصور .

(جلسة ١٩٨٦/٢/٦ الطعن ٦٤٧ لسنة ٤٥ ق)

الفروض المختلفة ملخصين ما قدمناه فى هذا الصدد .

فقد يجتمع سببان فى إحداث الضرر : خطأ المدعى عليه وقوة قاهرة أو خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور أو خطأ المدعى عليه وخطأ الغير . أو تجتمع أسباب ثلاثة : خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير .

فإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وقيام قوة قاهرة ، كان المدعى عليه مسئولا عن التعويض الكامل ، لأن خطأه كان سبباً فى إحداث الضرر ، ولا يستطيع الرجوع على أحد ، لأن الحادث الذى اشترك مع خطئه فى إحداث الضرر كان قوة قاهرة ، فيتحمل وحده المسئولية كاملة . فلو أن شخصا لكم شخصاً آخر فى صدره لكمة بسيطة ، وتصادف أن المصاب كان مريضاً بالقلب ولم يكن المدعى عليه يعلم ذلك ، فمات المصاب من جراء هذه اللكمة، كان المدعى عليه مسئولا مسئولية كاملة عن موت المصاب (١) . ولو سار سائق السيارة مسرعاً أكثر مما يجب ، فإذا بريح عاصف اقتلع شجرة ورماها فى عرض الطريق أمام السيارة ، فانقلبت السيارة على أحد العابرة فأصابته ، كان المدعى عليه مسئولا عن التعويض الكامل، ولا يستطيع الرجوع على أحد كما هو الأمر فى المثل السابق .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور ، كما إذا أسرع سائق السيارة فى سيره فاعترض طريقه شخص ثمل فدهسه ، كان هناك خطأ مشترك (faute commune) كما قدمنا، ورجع المضرور على المسئول بنصف التعويض على النحو الذى سبق أن بيناه .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ الغير ، كما إذا سار السائق فى سرعة كبيرة واعترضته حفرة فى الطريق أحدثها الغير خطأ فانقلبت السيارة وأصابت أحد العابرة ، فإن كلا من الخطأين يعتبر سبباً فى إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولا نحو المضرور عن تعويض كامل ، ويرجع بنصف التعويض على الغير الذى أحدث الحفرة خطأ فى الطريق.

وإذا اجتمع خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير ، كما إذا سار السائق بسرعة كبيرة فعثر بحفرة أحدثها الغير خطأ فى الطريق فانقلبت السيارة وأصابت شخصاً ثملا كان يعبر الطريق ، كان السائق مسئولا نحو المضرور عن ثلثى التعويض، ويرجع بالثلث على الغير (1).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا فرض أن المضرور فى حادث كان لديه استعداد من قبل (prédisposé) للمرض الذى أصابه بسبب هذا الحادث ، فيكفى أن يكون الحادث هو السبب الذى حرك هذا الاستعداد (prédisposition) حتى تقوم علاقة السببية بين الحادث والمرض، فيلزم المتسبب فى الحادث بتعويض الضرر (استئناف مختلط فى أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٥).

(1) تعدد الأخطاء الموجبة لوقوع الحادث يوجب مساءلة كل من اسهم فيها ايا كان قدر خطئه .

(جلسة ١٩٩٣/٣/١٨ الطعن ١٧٥٨ السنة ٥٩ ق السنة ٤٤ ص ٨٣١)

٢ – تسلسل النتائج

(أو تعاقب الأضرار والضرر غير المباشر)

٦٠٨ – التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج : ينبغى أن نميز تمييزاً دقيقاً بين حالة تعدد الأسباب التي عالجناها فيما تقدم وحالة تسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار التى نعالجها الآن . ففى الحالة الأولى الضرر واحد لم يتعاقب ، والأسباب هى التى تعاقبت فتعددت . وفى الحالة الثانية السبب واحد لم يتعدد ، والأضرار هى التى تعاقبت عن هذا السبب الواحد فصارت أضراراً متعددة [1] . ففى إحدى الحالتين إذن السبب هو المتعدد، أما الضرر فيبقى واحداً . وفى الحالة الأخرى الضرر هو المتعدد ، أما السبب فيبقى واحداً . وقد تمتزج الحالتان فتتعدد الأسباب وتتعاقب الأضرار ، فيعطى لتعدد الأسباب حكمه الذى قدمناه، ويعطى لتعاقب الأضرار الحكم الذى سنبسطه فيما يلى :

٦٠٩ – أمثلة عملية لتسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار : يوجد مثل تقليدى [illegible] بوتييه فى الأضرار التى تتعاقب ، وهو مثل فى المسئولية العقدية ولكنه ينطبق أيضاً [illegible] المسئولية التقصيرية : تاجر مواش يبيع بقرة موبوءة [1] ، فتعدى مواشى المشترى [illegible] ويموت معها سائر المواشى ، فلا يتمكن المشترى من زراعة أرضه ، فيعوزه المال ، فلا يستطيع الوفاء بديونه ، فيحجز الدائنون على أرضه ويبيعونها عليه بثمن بخس . فهذه أضرار متعاقبة يجر بعضها بعضاً : موت البقرة الموبؤة ، عدوى المواشى وموتها ، العجز عن الزراعة ، [illegible] عن وفاء الديون ، الحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . ويرى بوتييه بحق أن الأضرار المباشرة التى يجب التعويض عنها هى موت لبقرة الموبؤة وعدوى المواشى وموتها . أما [illegible] عن الزراعة وعن وفاء الديون والحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس ، فهذه أضرار [illegible] مباشرة لا محل للتعويض عنها .

وقد وقع فى مصر ما يقرب من هذا ، فقضت فيه محكمة الاستئناف الوطنية [illegible] يأتى : «إذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل القطار الذى كانت هذه الآلات [illegible] فيه ، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة عن الحادث ، كأن [illegible] الوابور كان معداً للتركيب على بئر ارتوازية وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع [illegible]

(١) أو يخلطها بمواشى الغير ، وهو عالم أنها موبؤة ، عن إهمال – وذلك حتى ينطبق المثل على [illegible] التقصيرية .

(٢) فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/٥١ ص ٢٤٧ – أنظر أيضاً استئناف [illegible] ديسمبر سنة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٩ ص ٢٩ – وفى ٢٨ [illegible] المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٤٣ – وفى ١٠ يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ [illegible] ٦ يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٧ .

(1) يسأل مرتكب الخطأ عن الاضرار مهما تتابعت وتفاقمت متى كانت مباشرة وناشئة [illegible]

(جلسة ١٩٨٤/١/٥ الطعن ٣٢٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٤٣)

فتلفت زراعة صاحب البئر ، وكان أيضاً متعهداً بأن يروى لأصحاب الأطيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر ، ثم إنه لم ينتفع أيضا بالأرض التى حفر البئر فيها وبالأرض التى أعدها لوضع الوابور ألخ ألخ ، وأن المصلحة مسئولة عن تعويض كل هذه الأضرار» .

وقد قضت محكمة النقض [1] كذلك بما يأتى : «... إذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطئها من سحب رخصة من متجر بالآثار ، وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته ، وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار ، فقضاؤه صحيح قانوناً» [2] .

فهذه أمثلة عملية منتزعة من صميم الحياة المصرية نرى فيها الأضرار عن السبب الواحد تتلاحق وتتعاقب وتتسلسل . فأين نقف القاعدة التقليدية هى أننا نقف عند الضرر المباشر (dommage direct) فنعوض عنه . ونغفل الضرر غير المباشر (dommage indirect) فلا يجب له التعويض .

ولكن كيف نحدد ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر ؟

٦١٠ – معيار الضرر المباشر : يجب بادي الأمر التمييز ما بين الضرر المباشر (direct) والضرر المتوقع (prévisible) ، فالضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول ممكنا وقوعه ، فهو بهذه المثابة يكون ضرراً مباشراً [1] ، وقد فصلنا الكلام فيه فى المسئولية العقدية .

(١) فى ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٠ ص ٧٤ – ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٧٦ مع تعليق الدكتور سليمان مرقص – أنظر كذلك محكمة طنطا فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١٠٠ ص ٢٣٥ – استئناف مختلط فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٢ – وفى ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٧ – وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٣ .

(٢) وقضى أيضا بأنه إذا أرسلت شركة آلات زراعية إحدى آلاتها حديثة الاختراع إلى وكيل لها فى الريف، فأصاب هذه الآلة تلف بفعل أمين النقل ، ترتب عليه فشل التجربة التى أجراها الوكيل على مشهد من كبار المزارعين فى بلده ، ورفض المشترى قبول هذه الآلة ، وعدول المزارعين عن شراء مثلها ، فإن أمين النقل لا يسأل إلا عن تلف الآلة باعتباره ضرراً مباشراً ، أما ما تلى ذلك من أضرار فيعتبر نتيجة غير مباشرة لخطأ أمين النقل (الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار ص ٥٩) .

(1) لما كانت محكمة النقض قضت بتاريخ ..... فى الطلب ..... بالغاء القرار الجمهورى ..... فيما تضمنه من تخطى مورث الطالبه إلى درجة مستشار ، فإن وزارة العدل اذا اغفلت ترقيته بالقرار المذكور إلى هذه الوظيفة تكون قد ارتكبت خطأ ، واذ ترتب على هذا الخطأ ضرر مادى لحق الطالبه يتمثل فى عدم قبضه لحقوقه المالية فى مواعيد استحقاقها ، واذ تقدر هذه المحكمة من واقع ما هو ثابت بالأوراق التعويض الجابر لهذا الضرر المادى بمبلغ ٦٠٠ جنيه فأنه يتعين القضاء بالزام وزارة العدل بأن تدفع للطالب المبلغ المذكور .

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١١٣)

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٦ الطعن ٨٦٠ لسنة ٤٥ ق)

ويمكن القول إن كل ضرر متوقع يكون ضرراً مباشراً ، ولكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضرراً متوقعاً ، فمن الأضرار المباشرة ما ليس محتمل الحصول ولا يمكن توقعه . فما هو إذن معيار الضرر المباشر ؟

تعرض الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من القانون المدنى الجديد لهذه المسألة الهامة ، فتقول :

«إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول» [1] .

فالضرر المباشر إذن هو ما كان نتيجة طبيعية (normal) للخطأ الذى أحدثه ويبقى بعد ذلك أن نعرف ما الذى يعتبر نتيجة طبيعية . يقول النص : «ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول» . وهذا معيار يجمع بين الدقة والمرونة، نراه لأول مرة فى القانون المدنى الجديد [2] ، وإن كان يمكن استخلاصه من قضاء محكمة

(١) تاريخ النص : (الفقرة الأولى من المادة ٢١١ فقط – أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد سبق إيراد تاريخها عند الكلام فى المسئولية العقدية : أنظر آنفا فقرة ٤٥١) : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

«إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويدخل فى ذلك الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول» . وقد أقرت لجنة المراجعة النص كما هو وأصبح رقمه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٨ من المشروع النهائى . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب استبدلت بعبارة «ويدخل فى ذلك الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن ....» عبارة «ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن ...» وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع للقاضى معيارا يسترشد به فى تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهى فى الوقت ذاته لا تقيده بهذا المعيار الذى نصت عليه المادة فلا مانع من أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . وكذلك وافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص كما أقره مجلس النواب وأصبح رقمه الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ . ووافق مجلس الشيوخ عليه . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٣ – ص ٥٦٦) .

ويقابل هذا النص فى القانون المدنى القديم المادتان ١٧٩/١٢١ من هذا القانون ، وكانتا تنصان على ما يأتى : «التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب بشرط أن يكون ذلك ناشئا مباشرة عن عدم الوفاء» .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد (الشرط الجزائى) أو مقدراً بنص القانون (الفوائد) تولى القاضى تقدير هذه التقدير ، كما هو الشأن فى المسئولية التقصيرية ، بعنصرين قوامهما ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب . ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام

الاستئناف المختلطة [1] . فلنطبقه على الأمثلة العملية التى قدمناها .

البقرة الموبؤة التى نفقت بعد أن أعدت سائر المواشى فنفقت هذه أيضا ، أكان المشترى يستطيع أن يتوقى هذه الأضرار ببذل جهد معقول ؟ ينظر فى ذلك إلى الظروف الملابسة ، والظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك . فتعتبر هذه الأضرار أضراراً مباشرة . أما العجز عن الزراعة،

= للتأخر فيه ، سواء أكان أساسه فوات هذا الكسب أو تحقق تلك الخسارة . ويراعى أن عبارة «النتيجة الطبيعية» أمعن فى الدلالة على المقصود من عبارة «النتيجة المباشرة» التى استعملها التقنين المصرى (القديم) مقتدياً فى ذلك بكثير من التقنينات الأخرى . وقد بلغ من أمر إعراض التقنين اللبنانى عن اصطلاح (النتيجة المباشرة) أن نص فى المادة ٢٦١ على وجوب الاعتداد بالضرر غير المباشر كما يعتد «بالضرر المباشر على سبيل التخصيص والإفراد متى كانت له صلة محققة بالتخلف عن الوفاء بالالتزام» . وقد عنى المشروع بتحديد دلالة عبارة (النتيجة الطبيعية) ، تحديدا وافيا ، فنص فى المادة ٢٩٩ على أنها تنصرف إلى الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه . وقد تقدم عند تفصيل أحكام الخطأ المشترك أن الدائن يقاسم مدينه تبعة الخطأ ، ويحتمل المسئولية عن شق من الضرر إذا امتنع عن دفع هذا الشق متى كان فى استطاعته أن يفعل ذلك ببذل قسط معقول من الحيطة . ومؤدى هذا أن نصيب المدين من تبعة الضرر ينحصر فيما لا يكون للدائن قبل بتوقيه على الوجه الذى تقدمت الإشارة إليه . وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية لتخلف المدين عن الوفاء بالالتزام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٤ – ص ٥٦٥) .

(١) فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه من المبادئ المقررة أن من صدر منه خطأ لا يجب عليه التعويض إلا فى حدود الأضرار التى كان لا يمكن لمن ارتكب ضده الخطأ أن يتوقاها بجهده . وعدم بذل هذا الجهد هو فى ذاته خطأ يوجب المسئولية . فإذا أبطلت إجراءات نزع الملكية على أساس أنها اتخذت على وجه غير قانونى ضد محجور عليه ، لم يجز لورثة المحجور عليه مطالبة الدائن الذى اتخذ هذه الإجراءات بقيمة الثمرات التى انتزعت من مورثهم عن طريق الإجراءات الباطلة ، إذا كان من الثابت أن قيم المحجوز عليه ومن بعده الورثة ، وكانوا على علم بهذه الإجراءات ، أبطأوا فى رفع دعوى البطلان ، فمكنوا بخطئهم هذا للضرر من أن يقع (استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) – كذلك إذا أبطلت إجراءات نزع الملكية وحكم مرسى المزاد لعدم إنذار الحائز للعقار من جراء إغفال ذكر اسمه فى الشهادة العقارية التى أعطيت للدائن الحاجز ، فلقلم الكتاب ، فى الدفاع عن نفسه فى دعوى تعويض ترفع عليه من الحائز عن المدة التى نزع منه فيها العقار ، أن يتمسك بأن الحائز كان على علم بالإجراءات التى اتخذت ، وبأنه إذا لم يكن ملزماً بتصحيح الإجراءات بأن يتصرف كما لو كان قد أنذر ، إلا أنه كان من الواجب عليه أن يتوقى الضرر الذى كان لابد أن ينجم من جراء نزع العقار من يده (استئناف مختلط فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٥٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الطرف الذى يطالب بتعويض الضرر يجب أن يكون قد قام من جهته بكل ما هو ضرورى لتوقى هذا الضرر (استئناف مختلط فى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٤) . أنظر أيضا : استئناف مختلط فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٣ – وفى ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ – محكمة مصر المختلطة التجارية فى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٣ ص ١٩٢ – محكمة المنصورة المختلطة الجزئية فى ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت ١١ رقم ٨ ص ١١ .

ولكن لايلام المضرور إذا هو لم يقبل إجراء عملية خطيرة مؤلمة ، ولا يحتج عليه بهذا الرفض للقول بأنه أخطأ فى عدم تلافى الضرر الذى أصابه (استئناف مختلط فى ٣ مايو سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٦ ص ٢) .

وعن وفاء الديون ، وحجز الأرض وبيعها بثمن بخس . فإن هذا كله كان في وسع المزارع أن يتفاداه ببذل جهد معقول ، إذ كان في استطاعته أن يعمد إلى مواش أخرى يشتريها أو يستأجرها لزراعة أرضه ، فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التي أصابته من جراء موت المواشي ، ومن ثم تعتبر هذه الأضرار أضراراً غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

آلات الوابور التي تلفت بسبب الحادث الذي وقع للقطار ، أكان صاحبها يستطيع أن يتوقى تلفها ؟ ظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً يجب تعويضه. أما تعذر الانتفاع بالبئر الارتوازية ، فتلف الزراعة ، والعجز عن ري الأطيان المجاورة ، وعدم الانتفاع بالأرض التي حفر البئر فيها والأرض التي أعدت لوضع الوابور ، فكل هذه أضرار غير مباشرة إذ كان صاحب الأرض يستطيع أن يتفاداها بالالتجاء إلى طريق آخر للري [1] .

سحب الرخصة خطأ من متجر يتجر في الآثار ، وما ترتب على ذلك من تحرير محضر مخالفة لصاحبه ، ومهاجمة منزله ، ونزع اللوحة المعلقة ، كل هذه أضرار مباشرة ، لأن صاحب المتجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول [2] .

ونرى من ذلك أن المعيار الذي أتى به القانون الجديد يستقيم في الأمثلة التي تقع في الحياة العملية ، وهو معيار يجمع كما رأينا بين الدقة والمرونة [3] .

---

(١) ويلاحظ أن العجز عن ري الأطيان المجاورة قد لا يكون ضرراً إذا اعتبر تلف آلات الوابور قوة قاهرة تعفي صاحب الأرض من التزامه بري هذه الأطيان . أما عدم الانتفاع بالأرض التي حفر فيها البئر فقد يكون ضرراً مباشراً يعوض عنه ، إذا عدم صاحب الأرض الوسيلة للانتفاع بهذه الأرض عن طريق آخر، ويعتبر ضرراً مباشراً يعوض عنه الفرق في تكاليف الري إذا كانت الطريقة التي لجأ إليها صاحب الأرض لري أرضه أشد مؤونة ولم يكن في وسعه الالتجاء إلى طريقة أقل كلفة .

(٢) والآلة الزراعية حديثة الاختراع التي تلفت بفعل أمين النقل ، لم تكن الشركة تستطيع أن تتوقى تلفها، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً . أما فشل التجربة ، وما ترتب على هذا الفشل من إحجام المشترى وكبار المزارعين عن شراء الآلة وأمثالها ، فان هذا كله كانت الشركة تستطيع توقيه ببذل جهد معقول لو أنها لم تعرض للتجربة هذه الآلة التالفة ، واستعاضت عنها بآلة صالحة ، فهذه إذن أضرار غير مباشرة.

(٣) وهو ، بعد ، ليس بالمعيار الوحيد ، فقد رأينا أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب في تقريرها : «وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع للقاضي معياراً يسترشد به في تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهي في الوقت ذاته لا تقيده بهذا المعيار الذي نصت عليه المادة ، فلا يمانع أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٦) . وهناك أحوال لا يستقيم فيها هذا المعيار ، ومع هذا لا يوجد شك في أن الضرر غير مباشر . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا رفضت الإدارة تجديد رخصة لإحدى شركات النقل وكانت مخطئة في عدم تجديد الرخصة ، كانت مسئولة عن تعويض هذه الشركة عما أصابها من ضرر ، ولكنها لا تكون مسئولة عن تعويض بائع عربات النقل إذا أصابه ضرر من جراء عدم تجديد الرخصة بفوات صفقة كان من المنتظر أن يعقدها مع الشركة التي لم تجدد رخصتها (استئناف مختلط في ٧ نوفمبر =

ومن اليسير تأصيله بأن المضرور إذا لم يبذل جهداً معقولا في توقي الضرر يكون هو أيضا قد أخطأ ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك ، وعلى المضرور أن يتحمل تبعة خطأه بتحمل الأضرار التي تنجم عن هذا الخطأ . فإذا جرح شخص آخر ، فالضرر المباشر الذي ينجم عن الجرح يتحمله المسئول ، والضرر غير المباشر الذي ينجم عن إهمال المضرور في علاج نفسه يتحمله المضرور .

= ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٨) . ويلاحظ هنا أن الضرر المشكو منه قد أصاب شخصين لا شخصاً واحداً: الشركة والضرر الذي أصبها ضرر مباشر ، وبائع عربات النقل والضرر الذي أصابه ضرر غير مباشر.

ويقع في أحوال أخرى أن يصيب الخطأ الواحد شخصين بالضرر . مثل ذلك أن يتسبب شخص في غرق شخص آخر ، فيتقدم شخص ثالث لإنقاذ الغريق فيغرق معه . فهل مرتكب الخطأ يكون مسئولا أيضاً عن غرق المنقذ على أساس أن هذا الضرر إنما هو نتيجة مباشرة لخطئه؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يكون مسئولا عن غرق المنقذ ، ولكن إذا تبين أن هذا قد خاطر مخاطرة غير مألوفة (لارتفاع النيل) لإنقاذ الغريق الأول ، كان هناك خطأ مشترك يترتب عليه تخفيض التعويض (استئناف مختلط في ٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١ – وقد وضعت المحكمة معياراً لمعرفة ما إذا كان الضرر مباشراً في مثل هذه الأحوال . فإذا كان تدخل الغير لإنقاذ شخص من خطر وضع فيه بخطأ المدعي عليه إنما هو اندفاع طبيعي من الغير أملاه قيام هذا الخطر ، كان الضرر الذي يصيب الغير من جراء تدخله ضرراً مباشراً يجب التعويض عنه . وتنتقل المحكمة في هذا الحكم عن قضية إنجليزية معروفة (Wagner contre Int. r. Co. Corpus Juris. C. 45 p. 481) العبارات الآتية : «الخطر يستدعي الإنقاذ . وصرخة الاستغاثة هي دعوة إلى النجدة . وليس القانون بالذي يتجاهل انفعالات العقل هذه عندما يربط التصرف بنتائجه ، بل هو يعترف بها نتائج مألوفة ، ويضع ما يترتب عليها من أثر في حدود الأمور الطبيعية التي يغلب وقوعها . والخطأ الذي يتهدد حياة بالخطر هو خطأ يرتكب ضد المصاب المهدد، وهو في الوقت ذاته خطأ يرتكب ضد من يتقدم لأنقاذه» (Danger invites rescue. The cry of distress is the summons to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its consequences. It recognizes them as normal. It places their effects within the range of the natural and probable. The wrong that imperils life is a wrong to the imperiled victim; it is wrong also to his rescuer).

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تدخل شخص من تلقاء نفسه في عمل بقصد منع الضرر عن الغير ، كما إذا تدخل لوقف جواد جمح من سائقه ، فنتج عن تدخله ضرر لشخصه، فإن من يكون مسئولا عن الحادثة فيما لو وقع الضرر للغير ، يكون مسئولا أيضا عن الضرر الذي أصاب ذلك الشخص ، وليس له أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بدعوى أن ذلك الشخص أخطأ في تدخله في الحادثة إذا كان هذا التدخل حصل بقصد القيام بعمل إنساني (استئناف وطني في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٥ ص ١٧٥) .

ويلاحظ أننا نبحث هنا في علاقة المسئول عن الخطأ بالغير الذي يتقدم لإنقاذ المضرور . أما في علاقة هذا الغير بالمضرور نفسه ، فالغير فضولي بالنسبة إليه ، وله طبقاً لقواعد الفضالة أن يرجع عليه بما يصيبه من ضرر (أنظر في موضوع من يتقدم للانقاذ sauveteur مازو ٢ فقرة ١٤٩٩ وهو يوجه النظر إلى أن المنقذ قد يتقدم للانقاذ عن رعونة ، فيكون هذا محل اعتبار) .

ونستخلص من ذلك أن الأضرار المباشرة ، أى الأضرار التى تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدثها وهى التى كان المضرور لا يستطيع توقيها ببذل جهد معقول ، هى وحدها التى تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ [1] . أما الأضرار غير المباشرة ، وهى التى لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدث الضرر ، فتنقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ ، ولا يكون المدعى عليه مسئولا عنها .

الفــرع الثــانى
آثار المسئولية

٦١١ – دعوى المسئولية وجزاؤها (التعويض) : إذا توافرت أركان المسئولية – خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما – تحققت المسئولية ، وترتبت عليها آثارها ، ووجب على المسئول تعويض الضرر الذى أحدثه بخطأه .

فالتعويض إذن هو الحكم الذى يترتب على تحقيق المسئولية ، وهو جزاؤها . ويسبق ذلك دعوى المسئولية ذاتها ، ففى الكثرة الغالبة من الأحوال لا يسلم المسئول بمسئوليته ، ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى .

فنستعرض فى مبحثين متعاقبين : (١) دعوى المسئولية (٢) وجزاء المسئولية (التعويض) .

---

(1) أ – المدين فى المسئولية العقدية لا يلزم فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذى يمكن توقعه عادة ، وذلك عملا بالمادة ١/٢٢١ من القانون المدنى ، والضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار شخصى بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات .
(جلسة ١٩٧٠/٣/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١٢٠٨)

ب – ولا يكفى توقع سبب الضرر فحسب بل يجب أيضا توقع مقداره ومداه .
(جلسة ١٩٧٣/٤/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٦١٦)
(جلسة ١٩٧١/٤/٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ ص ١٧٢)
(جلسة ١٩٧٥/٥/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٠٧٨)

جـ – طبقا لنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى يقتصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر متوقع الحصول ، أما فى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر سواء أكان متوقعا أو غير متوقع .
(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ ص ١٠٠٩)

المبحث الأول
دعوى المسئولية
(Action en responsabilité)

٦١٢ – مسائل أربع : نستعرض المسائل الأربع الآتية (١) طرفى الدعوى : المدعى والمدعى عليه (٢) الطلبات والدفوع ، ويدخل فى ذلك تقادم دعوى المسئولية (٣) الإثبات : عبؤه ووسائله (٤) الحكم الصادر فى دعوى المسئولية وطرق الطعن فيه ، وبخاصة طريق النقض .

المطلب الأول
طرفا الدعـــوى
١ – المدعى

٦١٣ – المدعى هو المضــرور : المدعى فى دعوى المسئولية هو المضرور . وهو الذى يطالب بالتعويض . فغير المضرور ليس له حق فى التعويض . والمضرور ، هو أو نائبه أو خلفه ، يثبت له هذا الحق . ويثبت الحق لكل مضرور . فالمدعى إذن هو المضرور ، ولكل مضرور ، ولا أحد غير المضرور [1] .

---

(1) أ – يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الاخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه فى المستقبل حتميا فان أصاب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر ، فلابد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة يعتبر الاخلال بها ضررا أصابه .
(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ الطعن ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ٩٤١)

ب – مفاد نص المادة ٢٢٢ من القانون المدنى أن الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره إلا أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسئول بشأن التعويض من حيث مبدئه ومقداره أو أن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلا أمام القضاء مطالبا بالتعويض ، أما الضرر الأدبى الذى أصاب ذوى المتوفى فلا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية .
(جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن ٧٠٣ لسنة ٤٣ ق س ٣٢ ص ١٠٢٣)

جـ – ليس فى القانون ما يمنع من أن يكون المضرور من الجريمة أى شخص ولو كان غير المجنى عليه ، ما دام قد ثبت قيام هذا الضرر وكان ناتجا عن الجريمة مباشرة .
(جلسة جنائى ١٩٥٤/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٣٠٠)

أ – غير المضرور ليس له حق فى التعويض :

٦١٤ – التبرع بالتعويض لجهة خيرية : بديهى أن غير المضرور لا يستطيع أن يطالب بتعويض عن ضرر لم يصبه [١] . ولكن يقع كثيراً – وبخاصة فى الأضرار الأدبية – أن يعلن المضرور عن رغبته فى النزول عما يحكم له به من تعويض لجهة خيرية أو لمؤسسة تعمل للمصلحة العامة . والمحظور أن يطلب المضرور من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لهذه الجهة . ولا تستطيع المحكمة فى هذه الحالة أن تجيبه إلى هذا الطلب ، لأن الجهة الخيرية التى عينها المضرور لم يصبها أى ضرر ، فلا يجوز الحكم لها مباشرة بتعويض . أما إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض لنفسه وأعلن فى الوقت ذاته عن رغبته فى النزول عن هذا التعويض لجهة خيرية ، فلا شئ يمنع من ذلك . ويجوز أن يشير الحكم إلى هذا الأمر ، ولا يكون فى هذه الإشارة مخالفة للقانون تستوجب نقض الحكم [٢] .

فإذا وقع ذلك ، بقى أن نعرف هل تكسب الجهة الخيرية حقاً قبل المضرور فى أن يتنزل لها عن التعويض الذى قضى له به ؟ إذا طبقنا القواعد العامة ، رأينا أن المضرور لا يلتزم بإرادته المنفردة نحو الجهة الخيرية ، لأن الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا فى أحوال منصوص عليها ، ليست هذه الحالة منها . ولكن يجوز أن يعتبر إعلان المضرور رغبته فى النزول عن التعويض للجهة الخيرية إيجاباً منه يعد فيه بهبة حق ثابت له ، ستقوم المحكمة بتحديد مقداره . فإذا قبلت الجهة الخيرية هذا الإيجاب أصبح المضرور ملتزماً بهذا الوعد بالهبة ، مع مراعاة أن الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية (م ٤٩٠ من القانون المدنى الجديد) [٣] (1) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه إذا خالف أحد المزارعين القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٧ الذى حرم زراعة أكثر من الثلث قطناً ، وجنى محصول القطن المنزرع فيما زاد على الثلث وباعه ، فليس لوزارة الزراعة أن تطالبه بدفع ثمن هذا القطن إليها ، لأنها لم يصبها ضرر معين ، والضرر الذى أصاب المصلحة العامة يكفى فيه العقاب الجنائى وتقليع الزائد من القطن (استئناف أسيوط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧٧٤/٢/٣٨٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت المحكمة للمجنى عليه بالتعويض على أساس أنه طلبه لنفسه مقابل الضرر الذى لحقه من الجريمة ، قائلة : «إنه وإن كان قد ذكر أنه مستعد بعد الحكم للتبرع بالمبلغ الذى يحكم له به لجهات الخير ، فإنها مع ذلك تقضى له به ، وهو وشأنه فيه بعد الحكم» ، فهذا منها لا شائبة فيه (نقض جنائى فى ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢١٦ ص ٥٢٠). أنظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ – وفى ٩ مايو ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٠٥.

(٣) أنظر عكس ذلك مازو ٢ فقرة ١٨٦٨ ص ٦٩٦

(1) لا يوجد فى القانون المصرى ما يحرم الحكم بتحويل المبلغ المقضى به كتعويض للمدعى بالحقوق الى جمعية خيرية .

(نقض جنائى فى ١٩٤٦/١٠/٢١ مجموعة القواعد القانونية الجنائية خلال ٢٥ عاما ص ٦٢٨

ب – حق التعويض للمضرور :

٦١٥ – المضرور أو نائبه : المضرور هو الشخص الذى يحق له أن يطالب بالتعويض . ويقوم نائبه مقامه فى ذلك .

ونائب المضرور ، إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، هو القيم. وإذا كان مفلساً ، هو السنديك . وإذا كان وقفاً ، هو ناظر الوقف . وإذا كان رشيداً، فنائبه هو الوكيل .

٦١٦ – خلف المضرور : بقى الخلف ، عاماً كان أو خاصاً . وهؤلاء هم الوارث والدائن والمحال له . وهنا يجب التمييز بين التعويض عن الضرر المادى والتعويض عن الضرر الأدبى .

فإذا كان التعويض عن ضرر مادى – تلف مال أو إصابه فى الجسم أعجزت عن العمل – فإن الحق فى التعويض ، وقد ثبت للمضرور ، ينتقل منه إلى خلفه . فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذى كان مورثه يطالب به لو بقى حيا [١](1) . ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة [٢] . ويستطيع المضرور أن يحول حقه فى التعويض إلى شخص آخر فينتقل هذا الحق إلى المحال له [٣] .

(١) وينتقل حق التعويض إلى الورثة ، كل بقدر نصيبه فى الميراث (محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٣ المحاكم ١٥ ص ٣١٩٢ – وفى ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ – وفى ١٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٠ ص ٥١ – محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٦ سبتمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ٧) .

وغنى عن البيان أن الوارث له دعويان : الدعوى التى يرثها عن المضرور فيرفعها بوصفه خلفا ، ودعواه الشخصية ن الضرر الذى أصابه مباشرة ويرفعها بوصفه أصيلا .

(٢) ودائن المضرور عندما يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يكون نائباً عن مدينة (م ٢٣٦من القانون المدنى الجديد) . فالأولى أن يقال أن دائن المضرور نائب لا خلف . ولكن الدائن يوضع عادة مع الخلف .

(1) إذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بان اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال فأنه يكون قد حاق به عند وفاته حقا متمثلا فى حرمانه من الحياة وينتقل الحق فى جبره تعويضا إلى ورثته .

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٣ الطعن ١٤٦٦ لسنة ٤٨ ق س ٣١ ص ٢٥٥)

(جلسة ١٩٧٤/٣/٧ الطلب ٤ لسنة ٤٣ ق «رجال قضاء» س ٢٥ ص ٦٠)

(٣) وقيل أن ترك التعويض عن الضرر المادى نعرض لحالة خاصة : إذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال ، فهل يجوز للوارث أن يطالب بالتعويض بوصفه خلفاً للمضرور؟ وهل يجوز القول إن الموت ضرر مادى يصيب الميت؟ لا شك =

أما إذا كان التعويض عن ضرر أدبي ، فإنه لا ينتقل إلى خلف المضرور إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ما بين المضرور والمسئول أو طالب به المضرور أمام القضاء (م ٢٢٢). وقد تم بيان ذلك بالتفصيل عند الكلام فى الضرر الأدبى وكيف ينتقل التعويض عنه إلى الغير. فإذا تحدد التعويض عن الضرر الأدبى على هذا النحو ، بالتراضى أو بالتقاضى ، أمكن أن ينتقل حق التعويض إلى الوارث ، وجاز لدائن المضرور أن يطالب به عن طريق الدعوى غير المباشرة [1] ، وصح للمضرور أن يحوله إلى الغير [2] .

= فى ذلك، فقد فقد الميت أثمن شئ مادى يملكه وهى الحياة ./ ولا يقال إن كل نفس ذائقة الموت وإن الموت ضرر لا مفر منه وهو قدر محتوم ، ذلك أن المضرور لا يشكو من الموت فى ذاته ، بل يشكو من أنه مات موتا غير طبيعى ، وهذا ضرر لا شك فيه . ولا يقال كيف يضار الميت بالموت ، أقبل الموت وهو لما يمت ، أم بعد الموت والميت لا يجوز عليه الضرر! ذلك أن الميت قد أحاق به الضرر ، لا قبل الموت ، ولا بعد الموت ، ولكن عند الموت . ويتبين من ذلك أن هناك ضرراً ماديا أصاب الميت ، فللوارث أن يطالب مكانه بتعويض هذا الضرر ، وكذلك للدائن أن يطلب تعويضاً باسم مدينه الميت (أنظر فى هذه المسألة مازو ٢ فقرة ١٩١٢ - وانظر : نقض جنائى فى ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ - المحاماة ٢٦ رقم ٢١٢ ص ٥٦٥ وتعليق الدكتور سليمان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول) .

(١) ولا يقال إن حق التعويض عن الضرر الأدبى حق متصل بشخص المدين ، فلا يجوز للدائن أن يطالب به باسم مدينه . فإن هذا يصح قبل أن تظهر إرادة المدين قاطعة فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى. أما وقد ظهرت فى صورة اتفاق مع المسئول أو بالمطالبة القضائية ، فقد أصبح حق التعويض حقاً مالياً كسائر الحقوق المالية ، ينتقل إلى الوارث ، ويجوز للدائن استعماله .

(٢) ولكن لا يجوز للمضرور ، قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية ، أن يحول حقه إلى الغير، لأن الحق لا يكون عندئذ قابلا للانتقال . على أنه إذا فعل المضرور ذلك بعد أن قدر مبلغ التعويض ، وقبل المسئول هذه الحوالة ، فإن هذا القبول يعتبر اتفاقا بين المسئول والمضرور على مبدأ المسئولية ومبلغ التعويض، فيصبح الحق فى التعويض قابلا للتحويل ، وتصح الحوالة فى هذه الحالة .

أما التعويض عن الضرر الأدبى الناشئ عن موت المورث فوراً عند الاعتداء على حياته، فلا يتصور انتقاله إلى الورثة ، لأن المورث مات فى الحال ، فلم تتح له فرصة الاتفاق مع المسئول ، ولم يتسع الوقت للمطالبة القضائية . وقد يصيب الضرر الأدبى الميت بعد موته فى ذكراه ، فيعمد شخص إلى النيل من سمعته ، فلا يمكن أن يقال فى هذه الحالة إن الميت قد أصابه ضرر من جراء ذلك ، لأ الأموات لا يتضررون . ويترتب على ذلك أنه لا يتصور فى هذه الحالة انتقال حق فى التعويض من الميت إلى ورثته ، لا لأن التعويض عن الضرر الأدبى لا ينتقل إلى الوارث فحسب بل أيضا لأن الضرر منتف عن الميت بعد موته . ولكن قد يتأذى الوارث شخصياً من جراء النيل من سمعة مورثه ، فيجوز له عندئذ أن يطالب بوصفه أصيلا بتعويض عن الضرر الأدبى الذى أصابه . ويجب فى اعتبار هذا الضرر الأدبى التوفيق بين واجبين يلزمان من نال من سمعة الميت : واجبه كمؤرخ يسرد الحقائق على وجهها الصحيح خدمة للعلم والتاريخ ، وواجبه فى ألا ينال من سمعة الأحياء من جراء قدحه فى سيرة الأموات دون مبرر (أنظر فى هذه المسألة مازو ٢ فقرة ١٩٢٢ - فقرة ١٩٢٩) .

جـ - حق التعويض لكل مضرور :

٦١٧ - تعدد المضرورين : قد يتعدد المضرورون من الخطأ الواحد، ويكون كل مضرور قد أصابه ضرر مستقل عن الضرر الذى أصاب الآخر . مثل ذلك حريق تنشب بخطأ شخص فتحرق منازل عدة ، فصاحب كل منزل قد أصابه بسبب هذه الحريق ضرر مستقل عن الأضرار التى أصابت أصحاب المنازل الأخرى .

وقد يصيب الخطأ الواحد بالضرر شخصين أو أكثر ، ولكن الضرر الذى أصاب أحدهم يكون نتيجة للضرر الذى أصاب الآخرين . مثل ذلك أن يقتل شخص آخر خطأ ، ويكون للمقتول قريب يعوله ، فخطأ القاتل أصاب المقتول بالضرر ، وأصاب بالضرر أيضاً من كان المقتول يعوله . والضرر الثانى ليس إلا انعكاساً للضرر الأول ، فهو نتيجة له [1] . والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن الأضرار فى الحالة السابقة كان كل ضرر منها مستقلا عن الأضرار الأخرى ، أما فى الحالة التى نحن بصددها فالأضرار تتصل فيما بينها اتصال السبب بالمسبب .

وفي الحالتين - سواء كانت الأضرار مستقلة بعضها عن بعض أو كانت بعضها لبعض سبباً - يكون لكل مضرور دعوى شخصية مستقلة يرفعها باسمه خاصة دون أن يتأثر بدعاوى الآخرين . ولا تضامن ما بين المضرورين ، بل يقدر القاضى تعويض كل منهم على حدة.

٦١٨ - الضرر الذى يصيب الجماعة : وقد يقع الضرر على جماعة ، لا على فرد أو أفراد متعددين ، فمن عسى أن يكون المضرور فى هذه الحالة ، هل هم الأفراد الذين تتكون منهم الجماعة ، أو هى الجماعة ذاتها ؟ يجب التمييز هنا بين ما إذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، أو كانت لا تتمتع بهذه الشخصية .

فإذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، كشركة أو جمعية أو نقابة أو شخص معنوى عام . وجب التمييز بين المصلحة الفردية (intérêt individuel) لأى فرد من الأفراد التى تتكون منها هذه الجماعة ، والمصلحة الجماعية الشخصية (intérêt social personnel) للشخص المعنوى ذاته ، والمصلحة الجماعية العامة (intérêt collectif) التى يقوم عليها هذا الشخص المعنوى باعتباره منتمياً إلى حرفة معينة . ولنضرب لذلك مثلا النقابة - نقابة المحامين أو نقابة الأطباء أو نقابة المهندسين أو نقابة من نقابات العمال أو أصحاب العمل أو أية نقابة أخرى - فكل عضو فى هذه النقابة له مصلحة فردية يحميها القانون، فإذا وقع اعتداء على هذه المصلحة كان لهذا الفرد المضرور دعوى شخصية قبل المسئول ، كما إذا منعت نقابة أحد أعضائها من ممارسة مهنته دون حق فيجوز لهذا العضو أن يرجع على النقابة لحماية مصلحته الفردية . وللنقابة كشخص معنوى مصالح جماعية شخصية ، فهى تملك

(١) ويقول الفرنسيون إن الضرر الثانى هو ارتداد للضرر الأول ، فهو ضرر مرتد (par ricochet) ، أنظر فى التعويض عن الضرر المرتد تعليق الدكتور سليمان مرقص المشار إليه فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول .

مالا ولها نشاط مهنى وتتعاقد وتمارس اختصاصاتها المختلفة ، فإذا وقع اعتداء على مصلحة شخصية لها من هذا القبيل ، كانت النقابة كشخص معنوى هى المضرور ، كما إذا ارتكب أحد مديرى النقابة خطأ فى إدارته سبب خسارة للنقابة ، وفى هذه الحالة ترجع النقابة بالتعويض على المسئول ، ولا يجوز لأى عضو من أعضاء النقابة أن يعتبر نفسه هو المضرور فيرجع بصفته الشخصية على المسئول [1] . والنقابة كشخص معنوى يعهد إليه القانون بالدفاع عن المصالح العامة لمهنة معينة لها أن ترجع على أى شخص اعتدى على هذه المصالح العامة ، ولو لم تكن لها فى ذلك مصلحة شخصية . فنقابة للعمال لها أن ترجع على صاحب عمل لم يراع قوانين العمل فى مصنعه ، بأن جعل العمال يعملون أكثر من الساعات المقررة للعمل ، أو استخدم الصبية أو النساء دون أن يراعى القيود التى قررها القانون، حتى لو لم يكن العمال أو الصبية أو النساء الذين استخدمهم صاحب العمل أعضاء فى النقابة ، إذ النقابة هنا تمثل المصالح العام لجميع العمال سواء كانوا داخلين فى عضويتها أو غير داخلين . أما إذا كان العمال داخلين فى عضويتها ، فإنها تكون بذلك قد توفرت لا على مصلحة عامة للمهنة فحسب ، بل أيضا على مصلحة جماعية شخصية ، وكلتا المصلحتين تبرر رجوعها على صاحب العمل . وقيام المصلحة الجماعية العامة يتحقق بالنسبة إلى النقابات دون الشركات والجمعيات ، فإن هذه لا تمثل المصالح العامة للمهنة أو للطائفة التى تنتسب إليها . أما الأشخاص المعنوية العامة ، كالدولة والمحافظات والمحليات والقرى فتختلط بالنسبة إليها المصالح الشخصية بالمصالح العامة ، إذ الدولة تمثل مجموع السكان فمصالح هذا المجموع وهى المصالح العامة هى أيضا المصالح الشخصية للدولة ، والمحافظة تمثل مجموع سكان المحافظة فمصالح هذا المجموع هى المصالح العامة والمصالح الشخصية للمحافظة فى وقت واحد . وهكذا قل عن سائر الأشخاص المعنوية العامة [2] .

وإذا كانت الجماعة لا تتمتع بشخصية معنوية ولكنها تنتمى إلى مهنة أو طائفة معينة، كرجال الجيش ورجال القضاء ورجال الإدارة والمعلمين والخبراء والمحضرين والجامعيين والأزهريين واليهود ومهاجرى فلسطين ، وجب أن نلاحظ أن لهذه الجماعة مصالح عامة. فهل الاعتداء على هذه المصالح يجيز للجماعة ، وهى لا تتمتع بشخصية معنوية، أن ترجع بالتعويض على المعتدى ؟ تقضى القواعد العامة بعدم جواز ذلك، فالجماعة ما دامت لا تتمتع بالشخصية المعنوية ليست شخصاً له ذمة مالية ، ولا تستطيع أن تقاضى ولا أن تقاضى ولا يمكن أن تترتب مسئولية فى ذمتها ولا أن يكون لها حق فى الرجوع على المسئول. وأكثر

(١) أنظر فى القضاء الفرنسى وتضارب أحكامه مازو ٢ فقرة ١٨٧٨ – ٧ إلى فقرة ١٨٧٨ – ١٤ – وفى تدخل النقابات أمام القضاء الإدارى فالين فى الرقابة القضائية على الإدارة – القاهرة سنة ١٩٤٩ ص ١١٤ – ص ١١٥ .

(٢) وكذلك الحال فى النقابات الإجبارية ، كنقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة المهن الهندسية، ففى النقابات التى تجمع إجباريا جميع رجال المهنة تختلط المصالح الشخصية للنقابة بالمصالح العامة للمهنة

ما يكون الاعتداء على المصالح العامة لهذه الجماعات أن يكون اعتداء على مصالحها الأدبية، كالقذف فى حقها أو الحط من كرامتها أو تلويث سمعتها . ففى مثل هذه الأحوال لا يجوز لأحد أن يتقدم باعتباره ممثلا للجماعة يطالب المسئول بالتعويض . وإنما يجوز لأى فرد من أفراد الجماعة – أو أى شخص معنوى داخل هذه الجمعية كجمعية المعلمين أو نادى الجامعيين أو جمعية إسرائيلية ، أن يطالب المسئول بالتعويض ، ويشترط فى ذلك أن يثبت ليس فحسب أن المسئول قد اعتدى على المصلحة العامة للجماعة ، بل أيضاً أن هذا الاعتداء على المصلحة العامة قد لحقه منه ضرر شخصى [1] .

٢ – المدعى عليه

٦١٩ – المدعى عليه هو المسئول أو نائبه أو خلفه : المسئول هو الذى يكون مدعى عليه فى دعوى المسئولية ، سواء كان مسئولا عن فعله الشخصى أو مسئولا عن غيره أو مسئولا عن الشئ الذى فى حراسته . ويجوز رفع دعوى المسئولية على المسئول عن الغير وحده دون إدخال المسئول الأصلى ، وما على المسئول الذى رفعت عليه الدعوى إلا أن يدخل المسئول الأصلى ضامناً .

ويقوم مقام المسئول نائبه . فإذا كان المسئول قاصراً ، كان نائبه هو وليه أو وصيه. وإذا كان محجوراً ، كان النائب هو القيم . وإذا كان مفلساً ، فأمين التفليسة . وإذا كان وقفاً ، فالناظر. وإذا كان رشيداً بالغاً ، فالوكيل .

ويحل محل المسئول خلفه . والخلف هنا هو أولا الوارث. ولما كان الوارث فى الشريعة الإسلامية لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون ، فالتركة تكون هى المسئولة بعد موت المسئول، وأى وارث يمثل التركة فى دعوى المسئولية ، وما على المضرور إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم ، فيحكم له بالتعويض قبل من رفع عليه الدعوى، ويتقاضى حقه كاملا من التركة . ويجوز أيضا أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين ، كما إذا باع صاحب المتجر متجره واشترط على المشترى أن يفى بجميع الديون التى تثبت فى ذمة المتجر ويكون من هذه الديون تعويض لمتجر آخر بسبب منافسة غير مشروعة . فيكون المدعى عليه فى هذه الحالة هو المشترى للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً للمسئول ، وقد انتقل إليه دين التعويض عن طريق الحوالة، وحوالة الدين جائزة فى القانون المدنى الجديد [2] . ولا يتصور هنا أن يكون المدعى عليه هو دائن المسئول كما تصورنا ذلك فى المدعى ، فإنه إذا كان للدائن أن

(١) أنظر فى موضوع الضرر الذى يصيب الجماعة مازو ٢ فقرة ١٨٧٨ – فقرة ١٨٩٩ .

(٢) ويلاحظ أن المشترى فى هذا المثل هو خلف خاص للبائع بالنسبة إلى المتجر ، وخلف خاص للمدين (وهو البائع) بالنسبة إلى الدين المحال به . وترفع عليه دعوى المسئولية باعتباره خلفاً خاصاً للمدين . أما إذا لم تكن هناك حوالة للدين ، فلا يكون مشترى المتجر ملزما به ولو أنه خلف خاص بالنسبة إلى المتجر (أنظر فى هذا المعنى : استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٣ – وفى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٠ – بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٦٠) .

يستعمل حقوق مدينه فليس عليه الوفاء بالتزامات المدين [(١)]. وإذا كان المسئول شخصاً معنوياً وانحل ، فجميع ما له بعد التصفية يكون مسئولا عن التعويض [(٢)].

٦٢٠ – تعدد المسئولين : سبق أن ذكرنا أن المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد قضت بأنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر [(1)] وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض . فتعدد المسئولية يجعل كل مسئول مدعى عليه ، ويجعلهم جميعاً متضامنين في المسئولية [(٣)]. وما داموا متضامنين فإن المدعى يستطيع أن يقيم الدعوى عليهم جميعاً ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيقصر الدعوى عليه دون غيره ، ويطالبه بالتعويض كاملا [(٤)] [(2)]. ذلك أن التضامن يقضى بأن كلا منهم يكون مسئولا قبل المضرور عن التعويض كله ، ثم يرجع من دفع التعويض على الباقى كل بقدر نصيبه بحسب جسامة الخطأ أو بالتساوى على النحو الذى قدمناه .

ويجب حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين أن تتوافر شروط ثلاثة :

١ – أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ [(1)]. فلا تكون ورثة المسئول متضامنين إلا باعتبار أن التركة هى المسئولة ، أما هم فلا تضامن بينهم لأن أحداً منهم لم يرتكب خطأ ، بل المورث هو الذى صدر منه الخطأ .

٢ – أن يكون الخطأ الذى ارتكبه كل منهم سبباً فى إحداث الضرر . فإذا أطلق جماعة من الصيادين خطأ بنادقهم فى وقت واحد، فأصيب أحد العابرة برصاصة من أحدهم، فإن الباقى لا يكونون مسئولين معه بالتضامن لأن الأخطاء التى وقعت منهم لم تكن سبباً فى إحداث الضرر ، بل لا يكونون مسئولين أصلا لأنهم لم يحدثوا ضرراً ما .

٣ – أن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون، أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد [(١)]. فإذا سرق أحد اللصوص

---

(١) ويجوز للدائن فى دعوى المسئولية أن يرجع على مدين المسئول بالدعوى غير المباشرة ، ولكن الرجوع فى هذه الحالة لا يكون بدعوى المسئولية ذاتها . كما يجوز للدائن أن يحجز تحت يد مدين المسئول حجز ما للمدين لدى الغير .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٩٩٩ .

(٣) ومبدأ المسئولية بالتضامن إذا تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع قرره القانون القديم فى المادتين ١٥٠/٢١١ كما قدمنا : نقض جنائى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٢٧ ص ٦٥ – وفى ١٧ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٥٤ ص ١١١ – وفى ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ ص ٧٠ – استئناف وطنى فى ٨ يونية سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٦ (يصح عدم إدخال التابع فى الدعوى مع المتبوع إذ هما مسئولان بالتضامن) – استئناف مختلط فى ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٩٦ – وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤١ – وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ – وفى ٣ فبراير ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢٧ – وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ – وفى ١٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٨ .

ويقول دى هلتس (Respons. No. 55) إن التضامن قائم حتى لو لم يذكر فى الحكم لأن مصدره القانون . ولكن محكمة مصر الكلية الوطنية قضت بأنه إذا حكم بالتعويض وأغفلت المحكمة ذكر التضامن ، فلطالب التعويض أن يطلب منها تفسير الحكم والنص على التضامن لمنع الإشكال فى التنفيذ (٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٥١ ص ٣٤٤) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى المدنى رفع دعواه المدنية أمام محكمة أول درجة على المتهم هو وآخر ، فقضت المحكمة بالحكم على الطاعن بالعقوبة وبالتعويض المدنى ، وبرأت المتهم الآخر ورفضت الدعوى المدنية قبله ، فلم يستأنف المدعى المدنى واستأنفت النيابة ، فقضت المحكمة الاستئنافية بإدانة المتهم الآخر المحكوم ببراءته ابتدائياً وأيدت الحكم الابتدائى على الطاعن ، ولما لم تكن الدعوى المدنية قد استؤنفت أمامها بالنسبة إلى هذا الآخر فلم يكن هناك سبيل للحكم عليه بشئ من هذا التعويض ، وليس هناك ما يمنع قانوناً من إلزام الطاعن وحده بتعويض كل الضرر الناشئ عن ارتكابه الجريمة ولو ارتكبها مع غيره (نقض جنائى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٧٠ ص ٨٤) .

(1) التضامن فى التعويض فى القانون معناه ان يكون كل من المطالبين ملزما للطالب واحداً أو أكثر بكل المبلغ المطلوب .

(جلسة ١٩٥٩/١/٢٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٠ ص ٩١)

(2) توجيه زوجة القتيل دعواها المدنية على المتهم بالقتل وعلى شريكه معناها أن أساس دعواها هو انهما اشتركا في احداث ضرر واحد هو الذى تطلب تعويضه وليس معناه أنها تنسبه إلى كل منهما أن الضرر الذى أحدثه بفعل يغاير الضرر الذى أحدثه زميله ، فكل منهما اذن يكون ملزما بتعويض الضرر على أساس أنه مسئول عنه كله ، فإذا ما برئ احدهما لعدم ثبوت أنه له دخلا فى احداث الضرر فان مساءلة الآخر عن التعويض كله تكون قائمة وداخله فى نطاق الطلب الأصلى وان لم يكن مصرحا فيه بالتضامن بين المدعى عليهما .

(جلسة ١٩٤٥/١٢/٢٤ مجموعة القواعد الجنائية خلال ٢٥ عاما ص ٦٢١)

(١) وقد يكون أحد المسئولين أحدث الضرر كله والآخر لم يحدث إلا بعضه ، فيكونان مسئولين بالتضامن فى البعض الذى اشتركا فيه ، وينفرد الأول بالمسئولية عما استقل بإحداثه . مثل ذلك مخفى بعض الأشياء المسروقة ، تقتصر مسئوليته بالتضامن مع السارق على مقدار ما أخفى (نقض جنائى فى ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ ص ٧٠ – وانظر أيضاً محكمة مصر الابتدائية المختلطة فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٧٤) .

أما إذا لم يثبت أن الضرر واحد ، كله أو بعضه ، فلا تضامن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة هى أن أحد المتهمين ضرب المجنى عليه فأصاب موضوعا من جسمه ، والآخر ضربه فأصاب موضعاً آخر منه ، وكانت الدعوى لم ترفع على أساس اتفاق أو إصرار سابق من المتهمين على الاعتداء ، فإنه يجب إذا كانت المحكمة ترى الحكم عليهما بالتضامن فى التعويض أن تبين فى حكمها الأساس الذى تقيمه عليه بما يتفق والأصول المرسومة له فى القانون ، فتذكر وجه مساءلة كل من المحكوم عليهما عن الضرر الناشئ من الضربتين مجتمعين لا عن الضربة الواحدة التى أحدثها هو . فإذا هى لم تفعل ولم تتعرض للتضامن ، فإن المسئولية لا تكون تضامنية ولا تصح مطالبة كل منهم إلا بنصف المبلغ المحكوم به عليهما فقط (نقض جنائى فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٥ المحاماة ١٧ رقم ١٠٣ ص ٢٥٤).

(1) التضامن فى التعويض بين الفاعلين الذين اسهموا فى احداث الضرر واجب بنص القانون ما دام قد ثبت من الحكم اتحاد أرادتهم وقت الحادث على ايقاع الضرر بالمجنى عليه .

(جلسة جنائى ١٩٨٥/٦/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٦٧٦)

عجلة السيارة ، وجاء لص آخر فسرق من السيارة بعض الآلات ، لم يكن اللصان متضامنين لأن كلا منهما أحدث بخطئه ضرراً غير الذى أحدثه الآخر [1] .

هذه هي الشروط الثلاثة التي يجب توافرها ليكون المسئولون المتعددون متضامنين في المسئولية [أ] . ومتى توافرت تحقق التضامن ، دون حاجة لأى أمر آخر ، فلا ضرورة لأن يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين أو أن ترتكب الأخطاء في وقت واحد ، فإذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقباً ثم ذهب يستحضر ما يستعين به على السرقة ، فأتى لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل ، فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن [2] . ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملا واحداً أو جريمة واحدة [3] ، فقد

---

(١) فتجب إذن وحدة الضرر واشتراك كل المسئولين في إحداثه : استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٣٢٤ – وفي ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٥ – وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٥ – محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ ص ٢٠٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى لترتب التضامن أن تتحد إرادة الفاعلين مجرد اتحاد وقتى غير مسبوق باتفاق على الاعتداء على المجنى عليه ، وأن يقترف كل منهم هذا الاعتداء أو يشترك فيه (نقض جنائي في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ – وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ – وفي ١١ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤/٢٠٤ ص ٤٠٠) .

(أ) أ – التضامن في التعويض بين المسئولين عن العمل الضار واجب طبقا للمادة ١٦٩ من القانون المدني يستوى في ذلك أن يكون الخطأ عمدياً أو غير عمدى .

(جلسة ١٩٥٢/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ ص ١٢٨٩)

(جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ الطعن ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٥ ص ٥٩٢)

ب – لا محل لتضامن المتهمين في التعويض عند اختلاف الضرر واستقلال كل منهم بما أحدثه ولو وقعت تلك الأفعال جميعا في مكان واحد وزمان واحد .

(جلسة ١٩٥٤/١٠/١١ جنائي مجموعة احكام النقض السنة ٦ ص ٤٩)

جـ – التضامن في التعويض بين الذين اسهموا في احداث الضرر واجب بنص القانون ما علم بعد اتحاد الفكرة والارادة لديهم وقت الحادث على ايقاع الضرب بالمجنى عليه ولو دين أحدهم بتهمة الضرب الذى تخلفت عنه عاهة ودين الآخرون بتهمة الضرب والجرح فقط .

(جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ١٠٨٦)

(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٢٨٨)

(جلسة ١٩٦٧/٥/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٧٢١)

(٣) فقد يكون أحد الخطأين سرقة والخطأ الآخر إخفاء لأشياء مسروقة ، وقد قضت محكمة النقض بأن من يشترى المسروق مع علمه بحقيقة الأمر فيه يكون مسئولا مع السارق بطريق التضامن عن تعويض الضرر الذى أصاب المجنى عليه ، ولو أنه يعد في القانون مخفياً لا سارقاً ، وذلك على أساس أن كلا منهما عمل على احتجاز المال المسروق عن صاحبه (نقض جنائي في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة =

يكون أحدها عمداً والآخر غير عمد ، وقد تختلف جسامة الأخطاء فيقترن خطأ جسيم بخطأ يسير ومع ذلك يكون صاحب الخطأ اليسير متضامنا مع صاحب الخطأ الجسيم ، وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثاني مدنياً ، أو يكون أحدهما عملا ويكون الآخر امتناعاً عن عمل . مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً فيدخل لص ويسرق المنزل ، ففى هذه الحالة يكون الخادم واللص متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد، وأحدهما جنائي والآخر مدني ، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل . وقد تكون الأخطاء كلها ثابتة أو مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتاً

= رقم ٢٢٤ ص ٥٤٣ . وانظر أيضاً نقض جنائي في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٢٢ ص ٤٩) . وقد يكون أحد الخطأين جناية قتل والخطأ الآخر جنحة ضرب ، وقد قضت محكمة النقض بأن المسئولين متضامنون سواء فيهم من حكم عليه بجناية القتل أو من حكم عليه بجنحة الضرب (نقض جنائي في ١٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧ ص ٩ – استئناف مصر الوطنية في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢/٣١٩ ص ٤٩٠) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تطابقت إرادة اثنين فأكثر على إيذاء إنسان والتعدى عليه ، فضربه بعض وقتله بعض ، كانوا مسئولين بالتضامن قبل ورثته عن التعويض ، ومتساوين في المسئولية المدنية ولو لم يتعادلوا في المسئولية الجنائية ، وكان فعل أحدهم جناية وفعل الباقين جنحة (١٤ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٠ ص ١١٤٦) . وقد لا يعرف من من المسئولين هو الذى قتل ومن منهما اقتصر على الضرب ، فيكونان بالأولى متضامنين ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت بالحكم أن المتهمين وفريقهما حضروا معاً لمحل الحادثة ، وكان كل منهم عاقداً النية على الاعتداء على فريق المجنى عليه بسبب مضاربة سابقة وقعت بين بعض أفراد الفريقين ، وتنفيذاً لهذا الغرض ضرب كل من المتهمين بحضور الآخر وعلى مرأى منه المجنى عليه المذكور فأحدثا به الإصابات التي أدى بعضها إلى وفاته ، فالقضاء عليهما متضامنين بالتعويض للمدعى بالحق المدني عن وفاة المجنى عليه لا مخالفة فيه للقانون ، لأن كلا منهما يعتبر مسئولا من الوجهة المدنية عن الوفاة ، ولو أن المحكمة لم تستطع تعيين من منهما أحدث الإصابة التي نشأ الموت عنها (نقض جنائي في ٢ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠ ص ٣٣ – أنظر أيضاً نقض جنائي في ١٧ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨ ص ٤١) . وقد يبرأ أحد المتهمين من التهمة الجنائية ومع ذلك يبقى متضامناً مدنياً مع المتهم الذى أدين جنائياً ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كنت المحكمة برأت المتهم من تهمة الشروع في القتل إلا أنها أقامت قضاءها بإلزامه بالتعويض مع المتهم الآخر الذى أدين بهذه الجريمة على ما قالته من أنه كان معه وقد سلمه السلاح الذى استعمل في الجريمة ، لم تجد الاثنان في فكرة الاستيلاء على السيارة من طريق التحرش بالمدعى المدني ومماكسته ، وتطور الموقف إلى صدور أفعال منهما استفزت المدعى وكان لها بعض الأثر في وقوع الجريمة التي ارتكبها زميل الطاعن ، وأن كل هذه الأفعال وإن كانت لا ترقى بالنسبة إليه إلى مرتبة الاتفاق الذى وقعت جريمة الشروع في القتل بناء عليه ، إلا أن توافق الإثنين على التحرش رغبة في الحصول على السيارة لتنفيذ حلقة من حلقات الاتفاق الجنائي العام القائم بينهما وآخرين ، والأفعال التي صدرت عنهما وكان من نتيجتها استفزاز المدعى كان لها أثرها بالنسبة إلى الطاعن وبالتالى في الضرر الذى حاق بالمدعى – وهذه الظروف مجتمعة تجعل الأثنين مسئولين مدنياً بالتضامن عن تعويض ذلك الضرر (نقض جنائي في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ١٢٧ – ص ١٣٠) .

وبعض مفترضاً ، فسائق السيارة ومالكها مسئولان بالتضامن عن خطأ السائق [illegible] ثابت وخطأ الآخر مفترض [1] .

وقد يكون أحد الخطأين عقدياً ما دام الآخر خطأ تقصيرياً . فإذا تعاقد عامل [illegible] صاحب مصنع أن يعمل فى مصنعه مدة معينة ، وأخل بتعهده فخرج قبل انقـ[illegible] ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفنى وصاحب [illegible] المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول كل منهما عن تعويض كامل . و[illegible] لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفنى [illegible] تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدى ، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن [illegible] كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولا ، فيكون كل منهما مسئولا عن تعويض [illegible] تعويضاً كاملا وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هى مسئولية [illegible] (in solidum) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدى والخطأ [illegible] غير عمد ، كما إذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة [illegible] فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضا خطأ بأن كان يسير من جهة الشـ[illegible] أمين النقل هنا خطأ عقدى غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ [illegible] عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية مجتمعة ([illegible]idum) [1] . ويلاحظ فى المثلين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدى لا يكون مسئولا إلا [illegible] المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيرى فيكون مسئولا أيضا عن الضرر غير المتوقع [illegible] مباشراً ، فالمسئولية المجتمعة إنما تقوم بينهما فيما يشتركان فى التعويض [illegible] المتوقع ، وينفرد مرتكب الخطأ التقصيرى بالمسئولية عن الضرر غير المتوقع [illegible] المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية المجتمعة (in solidum) أن [illegible] بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية المجتمعة ، فالمسئولون بالتضامن يمثل بعضهم [illegible] ينفع لا فيما يضر . فإذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن وتضمن الصلـ[illegible]

---

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تسبب الوكيل فى عقد [illegible] الموكل بتعهده كان مسئولا معه بالتضامن (استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر سنة [illegible] ٨٢) . والصحيح أن المسئولية هنا مسئولية مجتمعة لا مسئولية بالتضامن ، لاجتما[illegible] خطأ تقصيرى . وسنرى أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت من جهة أخرى فى [illegible] المسئولية عند تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية تكون مسئولية مجتمعة لا مسئولية [illegible] أيضا غير صحيح .

(1) متى كانت الحكومة لم ترتكب خطأ شخصيا من جانبها وأن مسئوليتها بالتبع [illegible] الموظفون التابعون لها هى مسئولية المتبوع عن عمل تابعه فأنها لا تعتبر بالنسبة [illegible] أصلا ولا تتحمل شيئا من التعويض المحكوم به .

(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٢٧٠)

الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤) . وإذا أقر أحد المسئولين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين ، وإذا نكل أحد المسئولين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها فلا يضار بذلك باقى المسئولين ، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف فإن المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥) . وإذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمسئول الذى صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦) . وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المسئولين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المسئولين (م ٢٩٢ فقرة ٢) . وإذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المسئولين ، أما إذا أعذر أحد المسئولين المتضامنين الدائن فإن باقى المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢) . وسنعرض لهذه الأحكام تفصيلا عند الكلام فى التضامن . ونجتزئ هنا بالإشارة إلى أن هذه الأحكام هى خاصة بالمسئولية التضامنية دون المسئولية المجتمعة ، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين [1] .

---

(١) وفى القانون المدنى الفرنسى لا يوجد نص على التضامن عند تعدد المسئولين ، ومن ثم لجأ الفقه والقضاء فى فرنسا إلى فكرة المسئولية المجتمعة (in solidum) فأقاموها بين المسئولين المتعددين (أنظر مازو ٢ فقرة ١٩٦١ – ١٩٦٩) . أما فى القانون المصرى القديم والجديد ، فإن النص على التضامن موجود كما قدمنا . لذلك تكون المسئولية بين المسئولين المتعددين فى مصر مسئولية بالتضامن لا مسئولية مجتمعة . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها بأنه إذا تعدد المسئولون فالمسئولية بينهم لا تكون مسئولية تضامنية (solidarité) بل مسئولية مجتمعة (in solidum) : استئناف مختلط فى ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٣ – وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧٦ (وجعلت المحكمة هنا القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى لا بحسب جسامة الخطأ) – وفى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤٣ . وقد أغفلت هذه الأحكام النص الصريح على التضامن الذى ورد فى القانون المدنى المصرى . ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا رفع المضرور الدعوى على أحد من المسئولين ، جاز له أن يطالبه بالتعويض كاملا ، ولهذا أن يرجع على سائر المسئولين كل بقدر نصيبه : استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٣ – وفى ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ ص ٢٠٢ – وفى ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤ – وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٦ .

والصحيح أن المسئولية فى مصر ، فى حالة تعدد المسئولين ، تكون مسئولية تضامنية بجميع خصائصها المتقدمة الذكر ، لا مجرد مسئولية مجتمعة . وهذا ما ذهب إليه الفقه والكثرة الغالبة من أحكام القضاء . ومن الأمثلة على تضامن المسئولين عند تعددهم انهيار بناء مملوك فى الشيوع ، يكون الملاك فى الشيوع مسئولين بالتضامن عن الضرر الذى أحدثه انهيار البناء (استئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ – وفى ٨ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١١٤ – وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٨) ، وبائعو العقار يعلنون غشاً أن العقار خال من الرهون ، فيكونون مسئولين بالتضامن (استئناف –

والمسئولية بالتضامن إنما تكون فى علاقة المضرور بالمسئولين المتعددين (١) (1) ، أما فيما بين المسئولين المتعددين أنفسهم فيقسم التعويض بينهم بحسب جسامة الخطأ على الرأى السائد فى القضاء كما أسلفنا الذكر (٢) (2) .

٦٢١ – المسئول إذا ارتكب الخطأ جماعة : إذا لم تكن الجماعة متمتعة بشخصية معنوية، فلا يمكن بوصفها جماعة أن ترتكب خطأ . وإنما يرتكب الخطأ فى هذه الحالة عضو أو أكثر من أعضاء هذه الجماعة أو جميع الأعضاء ، ولكن باعتبارهم أفراداً لا جماعة.

وإذا كانت الجماعة متمتعة بالشخصية المعنوية فالأمر يختلف ، إذ يجوز كما قدمنا أن يرتكب الشخص المعنوى خطأ تترتب عليه المسئولية المدنية (١) . والمسئول الذى تقام عليه

= مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٧٧) ، والمشتركون فى اغتصاب شيء واحد يكونون مسئولين بالتضامن (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٧) ، وكذلك المتواطئون على الغش (استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٩ – وفى ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) ، وكذلك المشتركون فى منافسة غير مشروعة (استئناف مختلط فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ٤٣ ص ٣٥) .

(١) فإذا كان الخطأ مشتركا ، بأن كان المضرور قد ارتكب خطأ ساعد على إحداث الضرر، وكان المسئول شخصين متضامنين ، فقد قدمنا أن المضرور يرجع بثلثى التعويض على المسئولين بالتضامن ، ولا يجوز لهذين أن يدفعا هذا التضامن بأن المضرور مسئول هو أيضا عن الضرر ، فيكون متضامناً معهما، ويكون رجوعه عليهما هو رجوع المسئول المتضامن على سائر المسئولين المتضامنين ، فلا يرجع على كل مسئول إلا بقدر نصيبه . ذلك أنه يرجع عليهما كمضرور لا كمسئول متضامن .

(٢) استئناف مختلط فى ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ – وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٨ (شريكان فى مبنى على الشيوع، فانهار المبنى وأصاب الغير بالضرر ، واعتبر الشريكان مسئولين بالتضامن قبل المضرور ، أما فيما بينهما فقد قسم التعويض بنسبة نصيب كل منهما فى المبنى) وتقضى بعض الأحكام ، دون مبرر ، بعدم رجوع المسئول الذى دفع التعويض كاملا على المسئول معه إذا كان الخطأ الذى ارتكباه معاً يعتبر غشاً ، كما إذا اشتركا فى النصب (استئناف مختلط فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٠) ، أو فى السرقة (استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩) ، أو فى التقليد المزور (استئناف مختلط فى ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٢) .

(1) لما كان اخفاء الأشياء المسروقة يعد فى القانون جريمة قائمة بذاتها لها كيانها وعقوبتها المقررة بجريمة السرقة إلا من حيث وجوب اثبات أن الأشياء المخفاه متحصلة عن سرقة فان مساءلة المخفى لا يصح أن تتجاوز الأشياء التى أخفاها بالفعل إلا إذا ثبت أنه ضالع مع السارق أو مع من أخفى المسروق فعندئذ فقط يسأل مدنيا بطريقة التضامن مع زملائه عن كل المسروق .

(جلسة جنائى ١٩٤٥/١١/١٢ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض لـ ٢٥ عاما ص ٤٢١)

(2) الاصل فى المسئولية التضامنية عن العمل الضار أن تقسم على المسئولين فى احداث الضرر بالتساوى متساوية بين الجميع أو بنسبة خطأ كل منهم .

(جلسة ١٩٦٨/٤/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٧١٩)

الدعوى هو الشخص المعنوى ذاته لا ممثلوه ، فهؤلاء إنما هم أعضاؤه (organes) التى يعمل بواسطتها ويريد عن طريقها (٢) . ولكن هذا لا يمنع من أن الخطأ الذى يرتكبه الشخص المعنوى يرتكبه فى الوقت ذاته ممثلوه بوصفهم أفراداً ، فيكون المسئول هو الشخص المعنوى والممثلون متضامنين جميعاً فى المسئولية . فإذا دفع الشخص المعنوى التعويض رجع على ممثليه بكل ما دفع دون أن يخصم نصيباً عن مسئوليته ، لأنه لا مسئولية عليه فى العلاقة فيما بينه وبين ممثليه ، إذ هم الذين ارتكبوا الخطأ فى الواقع . وإذا دفع الممثلون التعويض فلا رجوع لهم على الشخص المعنوى . وقد يكون ممثل الشخص المعنوى تابعاً له كمدير الشركة، فتتحقق مسئولية الممثل إما باعتباره تابعاً أو بصفته الشخصية ، وفى الحالة الأولى تتحقق مسئولية الشخص المعنوى باعتباره متبوعا .

المطلب الثانى

الطلبات والدفوع

١ – طلبات المدعى

٦٢٢ – سبب الدعوى : مهما تنوعت الطرق والوسائل (moyens) التى يستند إليها المدعى فى تأييد طلباته ، فإن سبب (cause) دعواه واحد لا يتغير : اخلال المدعى عليه بمصلحة له مشروعة . وسواء كا نت حجته أو دليله على هذا الإخلال خطأ عقدياً ارتكبه المدعى عليه أو خطأ تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيرى خطأ ثابتاً أو خطأ مفترضا، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك ، فليست هذه كلها إلا وسائل يستند إليها المدعى فى دعواه . وقد ينتقل من وسيلة إلى وسيلة ، فيستند أولا إلى الخطأ التقصيرى، ثم يتركه إلى الخطأ العقدى ، ثم يرجع بعد ذلك إلى الخطأ التقصيرى ولكن يدعيه مفترضاً ، فهو فى ذلك كله قد غير الوسائل التى يستند إليها دون أن يغير سبب دعواه.

ويترتب على ذلك أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى النصوص الخاصة بالخطأ التقصيرى الثابت ، فلا يعد طلباً جديداً فى الاستئناف أن يستند إلى خطأ تقصيرى مفترض أو إلى خطأ عقدى ، بل يجوز للقاضى ، وقد رفعت الدعوى أمامه بالاستناد إلى الخطأ التقصيرى الثابت ، أن يبنى حكمه على خطأ تقصيرى مفترض أو على خطأ عقدى دون أن

(١) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠ – وقد تتحقق المسئولية الجنائية فى أحوال قليلة ، فتوقع على الشخص المعنوى عقوبة جنائية ، كالحل والإغلاق والمصادرة والغرامة .

(٢) وكما أن الدعوى لا تقام على الذراع أو على الرأس فى حالة الشخص الطبيعى ، فهى كذلك لا تقام على الممثلين فى حالة الشخص المعنوى (مازو ٢ فقرة ١٩٨٨) .

يكون بذلك قد قضى فى شئ لم تطلبه الخصوم ، فهو إنما استند إلى وسائل لم [illegible] الخصوم وهذا جائز . ولكن لا يجوز للمدعى أن يغير الوسائل التى يستند إليها لأول مرة [illegible] محكمة النقض ، إذ لا يجوز إبداء وسائل جديدة أمام هذه المحكمة .

ويترتب كذلك على ما قدمناه أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى الخطأ العقدى [illegible] فرفضت الدعوى ، فإن الحكم يحوز قوة الشئ المقضى ، ولا يستطيع المدعى أن يرفع [illegible] القضاء مستنداً إلى الخطأ التقصيرى . والعكس صحيح . ذلك أن السبب لم يتغير بالانتقال [illegible] من نوع من الخطأ إلى نوع آخر ، ولم تتغير كذلك الخصوم والموضوع ، وهذه هى شروط [illegible] الشئ المقضى .

أما القضاء الفرنسى فقد جرى، على أن المدعى لا يجوز له أن يعدل عما [illegible] إليه من الخطأ، فيترك الخطأ التقصيرى مثلا إلى الخطأ العقدى، أو يترك الخطأ الثابت [illegible] إلى الخطأ المفترض، وإلا كان ذلك طلباً جديداً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة [illegible] محكمة الاستئناف (١) . كذلك إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من الخطأ [illegible] لم يحز الحكم قوة الشئ المقضى بالنسبة إلى نوع آخر ، وجاز رفع دعوى المسئولية [illegible] من جديد على أساس نوع من الخطأ يختلف عن النوع الذى رفضت الدعوى على أساسه من قبل. ولا يحول دون ذلك قوة الشئ المقضى ، لأن السبب – وهو [illegible] الخطأ – قد تغير (٢) .

وقضاء محكمة النقض عندنا ، فى دائرتها الجنائية ، يتفق مع القضاء الفرنسى [illegible]

(١) فالفقهاء ورجال العمل فى فرنسا ينصحون المدعى أن يستند فى دعواه إلى جميع النصوص [illegible] بالمسئولية – عقدية كانت أو تقصيرية – حتى لا تفلت منه فرصة فى كسب دعواه مهما [illegible] القاضى فى الوسيلة التى يجب أن تستند إليها الدعوى (أنظر فى القضاء الفرنسى وفى نقده [illegible] ٢٠٩٧ –فقرة ٢١٠١) .

(٢) أنظر فى الموضوع مازو ٣ فقرة ٢١٠٢ .

(٣) وقد أصدرت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض أحكاماً عدة فى هذا المعنى ، فقضت بأن [illegible] الدعويان العمومية والمدنية قد رفعتا على المتهم على أساس أنه قارف بنفسه فعل الضرب [illegible] عين المدعى عليه وسبب له الضرر المطلوب من أجله التعويض ، واستمر النظر فيهما [illegible] طوال المحاكمة ، فإن المحكمة إذا داخلها الشك فى أن المتهم ضرب المجنى عليه ، ولم [illegible] جريمة أخرى من سلطتها أن تحاكمه عليها ، فبرأته لعدم ثبوت التهمة عليه ، [illegible] الدعوى المدنية المقامة على أنه ارتكب بنفسه الفعل الضار ، تكون قد أصابت إذ لم يكن [illegible] تحكم بغير ماحكمت به . ذلك لأن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥١ من القانون [illegible] المدعى عليه مسئولا عن فعل نفسه تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض [illegible] ١٥٢ من القانون المذكور باعتبار المدعى عليه مسئولا عن فعل غيره، وليس للمحكمة [illegible] أن تغير السبب الذى تقام عليه الدعوى أمامها وإلا تكون قد تجاوزت سلطتها ، [illegible] منها الحكم به (نقض جنائى فى أول فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص [illegible]

وأما قضاؤها فى الدائرة المدنية . فعلى العكس من ذلك يتفق مع الرأى الآخر الذى قدمناه. وهو الرأى الذى نرجحه . فقد قضت بأن الراجح فى باب قوة الشئ المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه – كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens) . فمهما كانت طبيعة المسئولية التى بحثها القاضى فى حكمه الصادر برفض دعوى التعويض، ومهما كان النص القانونى الذى استند إليه المدعى فى طلباته أو النص الذى اعتمد عليه القاضى فى حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالا بالاقتضاء على انتفاء مسئولية المدعى عليه قبل المدعى عما ادعاه عليه أيا كانت المسئولية التى أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله فى دعوى التعويض ، وأن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، لم يكن ليبرر الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما (١) .

= وقضت أيضاً بأنه ما دامت الدعوى قد رفعت على أساس المسئولية التقصيرية ، والمدعى لم يطلب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية – إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية – فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب غير الذى رفعها صاحبها به، فإنها إذ تفعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم ، وهذا غير جائز فى القانون (نقض جنائى فى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

وقضت كذلك بأنه ما دامت الدعوى المدنية قد رفعت أمام المحكمة الجنائية ، فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذى قارف الجريمة المطلوب التعويض عنها ، وأن المتهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى تقصير فى الواجبات التى يفرضها عليه العقد المبرم بينه (وهو مستخدم ببنك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (وهو بنك التسليف) والآخر لم يثبت وقوع أى تقصير منه – إذا انتهت المحكمة إلى ذلك يكون متعيناً عليها ألا تقضى بالتعويض إلا على من ثبتت عليه الجريمة ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين ، لأن حكمها على المتهم الذى خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسئولية التعاقدية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها، وهذا لا يجوز فى القانون ، ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها فى هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص فى الدعوى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين أحدهما أو كليهما لا برفضها فمردود بأنه ما دامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسئولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية وليس من شأنه أن يمنعه من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسئولية التعاقدية (نقض جنائى فى ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١) .

وانظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى، وهو يعارض المبدأ الذى أخذ به الحكم ، ويؤيد الرأى الصحيح الذى أخذنا به – وانظر تعليقاً آخر له فى هذا المعنى فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ – ص ٢٣٨) .

(١) نقض مدنى فى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ – ص ٤٥٢ .

٦٢٣ – موضوع الدعوى : وموضوع دعوى المسئولية هو التعويض عن الضرر ، يقدره
[المـ]ـدعى كما يرى . ولا يجوز للقاضي أن يزيد عما طلبه المدعى وإلاقضى فيما لم يطلبه الخصوم ، ولكن يجوز له أن يقضى بأقل . كذلك لا يجوز للمدعى أن يزيد مقدار ما يطلبه من التعويض فى الاستئناف لأول مرة ، لأن ذلك يعد طلباً جديداً .

ولكن كيفية التعويض قد تتغير دون أن يكون فى ذلك تعديل فى الطلبات . فقد يطلب المدعى مبلغا من النقود فيحكم القاضى بإيراد مرتب ، وقد يطلب تعويضاً عينياً فيحكم القاضي بتعويض نقدى . وقد يغير المدعى من كيفية التعويض الذى يطلبه لأول مرة فى الاستئناف فيجوز ذلك ، كما لو طلب تعويضاً نقدياً أمام المحكمة الابتدائية ، ثم طلب فى الاستئناف تعويضاً عينياً مصحوباً بتهديد مالى .

٢ – دفوع المدعى عليه (التقادم)

٦٢٤ – الدفوع : يدفع المدعى عليه دعوى المسئولية بأحد أمرين : إما أن ينكر قيام المسئولية ذاتها فيدعى أن ركنا من أركانها لم يتوافر من خطأ أو ضرر أو سببية ، وإما بأن يعترف بأن المسئولية قامت ولكنه يدعى أن الالتزام المترتب عليها قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالابراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام .

وفى كل ذلك تطبق القواعد العامة [(١)] .

٦٢٥ – الدفع بالتقادم : والذى يعنينا الوقوف عنده قليلا هو التقادم . فقد أدخل القانون المدنى الجديد تعديلاً هاماً فى هذا الصدد ، وبعد أن كانت دعوى المسئولية تتقادم كغيرها من الدعاوى بخمس عشرة سنة صارت تتقادم أيضاً بثلاث سنوات على تفصيل نورده فيما يلى :

«١ – تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع» .

«٢ – على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم

(١) وقد قدمنا أن هناك دفعاً خاصا بدعوى المسئولية المدنية ، إذا رفعت أمام المحكمة المدنية ، عن جريمة رفعت الدعوى الجنائية فى شأنها أمام المحكمة الجنائية . فإن الدعوى الجنائية تقف من سير الدعوى المدنية حتى يفصل نهائيا فى الدعوى الجنائية . وهذا ما يعبر عنه الفرنسيون بقولهم : le criminel tient le civil en état وقد وردت هذه القاعدة فى قانون الإجراءات الجنائية الجديد فى المادة ٢٦٥ على الوجه الآتى : «إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية ، يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائيا فى الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو فى أثناء السير فيها . على أنه إذا أوقف الفصل فى الدعوى الجنائية لجنون المتهم يفصل فى الدعوى المدنية» .

تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية» [(١)] .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المصاب بحدوث الضرر وبالشخص الذى أحدثه . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ – على أنه إذا كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة تقرر لسقوط الدعوى الجنائية فيها مدة أطول ، فإن هذه المدة هى التى تسقط بها الدعوى المدنية» . وفى لجنة المراجعة نوقشت المادة مناقشة طويلة ، ورأى بعض الأعضاء أنه لا توجد علاقة ما بين سقوط دعوى التعويض المدنية وسقوط الدعوى الجنائية ، ولكن الأغلبيةرأت إبقاء الحكم على أصله مع تقديم الفقرة الثانية بحيث تكون استثناء لمدة الثلاث السنوات لا من مدة الخمس عشرة سنة» وأصبح النص النهائى الذى أقرته اللجنة هو : «١ – تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذى أحدثه إلا إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة تسقط الدعوى الجنائية فيها بمدة أطول ، فإن هذه المدة هى التى تسقط بها دعوى التعويض . ٢ – وتسقط دعوى التعويض فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع» . وأصبح رقم المادة ١٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على جعل يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذى أحدثه مبدأ لسريان التقادم القصير وهو ثلاث سنوات لأنه لابد من تعيين معيار مادى ثابت لمبدأ السقوط فالمسائل القضائية يجب تحديدها بواقعة مادية ، أما العلم فقد يثير إشكالات لا تنتهى ، ولكن اللجنة تبينت أن كل التشريعات الحديثة أخذت بمبدأ المدة القصيرة للتقادم على أن يبدأ سريانها من يوم العلم بالضرر وبالشخص الذى أحدثه وبمبدأ المدة الطويلة فى حالة عدم العلم . واستبدلت اللجنة عبارة «الشخص المسئول عنه» بعبارة «الشخص الذى أحدثه» ، والاستعاضة عن الشق الأخير من الفقرة الأولى بعبارة «فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى العمومية» ، وقصد من هذا الاقتراح إلى الإبقاء على الدعوى المدنية طوال المدة التى يوقف فيها سريان تقادم الدعوى العمومية بالتحقيق أو بالمحاكمة لأن إطلاق النص الوارد فى المشروع بجعل تقادم الدعوى المدنية يتم بانقضاء المدة التى تسقط بها الدعوى العمومية دون نظر إلى وقف سريان تقادمها ، والأنسب أن تبقى الدعوى المدنية ما بقى الحق فى رفع الدعوى العمومية أو تحريكها أو السير فيها قائماً ، والأصح كذلك أن يرد الاستثناء الخاص ببقاء الدعويين فى الفقرة الثانية لأن الدعوى العمومية قد تظل باقية أحياناً مدة تجاوز الخمس عشر سنة . وعلى ذلك عدلت المادة على الوجه الوارد فى القانون الجديد وأصبح رقمها ١٧٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٩ – ٤٠٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «استحدث المشروع فى نطاق المسئولية التقصيرية تقادماً قصيراً ، فقضى بسقوط دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع بانقضاء ثلاث سنوات على غرار ما فعل فيما يتعلق بدعاوى البطلان . ويبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث، ويقف على شخص من أحدثه . فإذا لم يعلم بالضرر الحادث، أو لم يقف على شخص من أحدثه ، فلا يبدأ سريان هذا التقادم القصير ، ولكن دعوى المضرور تسقط على أى الفروض بانقضاء خمس عشر سنة على وقوع العمل غير المشروع . وإذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب الدعوى المدنية ، وكانت الدعوى الجنائية تتقادم مدة =

وفقا لهذا النص ، يجب التمييز بين ما إذا كانت دعوى المسئولية قد قامت على خطأ مدنى لا يعتبر جريمة أو كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة جنائية .

ففى الحالة الأولى تسقط دعوى المسئولية بالتقادم بأقصر المدتين الآتيتين: (١) ثلاث سنوات تنقضى من اليوم الذى علم فيه المضرور بالضرر وبالشخص المسئول عنه. فلا يبدأ سريان التقادم من يوم وقوع الضرر [1] . ويترتب على ذلك أنه قد يمضى على وقوع الضرر مدة تزيد على ثلاث سنوات دون أن تتقادم دعوى المسئولية ويكفى لتحقيق ذلك أن يقع الضرر دون أن يعلم به المضرور ، كما لو أوصى شخص لآخر بمال ولم يعلم الموصى له بالوصية إلا بعد موت الموصى بمدة طويلة ، وتبين أن أحد الورثة وضع يده على المال الموصى به وأتلفه منذ مدة نفرضها خمس سنوات ، ففى هذا الفرض لا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذى علم فيه الموصى له بالوصية وبمن أتلف الموصى به من الورثة ، ولا تتقادم دعواه إلا بانقضاء ثلاث سنوات من ذلك اليوم ، أى بانقضاء ثمانى سنوات من وقت وقوع الضرر. وقد يعلم المضرور بوقوع الضرر ولكنه لا يعلم بالشخص المسئول عنه ، كما لو اصطدم بسيارة لم يعرف سائقها ، ثم اهتدى إلى معرفته بعد سبع سنوات مثلا ، فهنا أيضا لا تتقادم دعوى المسئولية إلا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بالشخص المسئول، أى بانقضاء عشر سنوات من وقت وقوع الضرر . أما إذا علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه فى اليوم الذى وقع فيه – وهذا ما يحدث غالباً – فإن دعوى المسئولية تتقادم فى هذا الفرض بانقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر . (٢) خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر. وهذا لا يتحقق إلا إذا كان المضرور لم يعلم بوقوع الضرر أو بالشخص المسئول عنه إلا بعد مدة طويلة نفرضها ثلاث عشرة سنة . ففى هذا الفرض النادر تتقادم دعوى المسئولية بانقضاء

= أطول ، سرت هذه المدة فى شأن تقادم الدعوى المدنية . فلو حدث الضرر مثلا من جراء جناية ، كانت مدة سقوط الدعوى المدنية عشر سنوات عوضاً عن ثلاث لأن الدعوى الجنائية لا تتقادم إلا بانقضاء تلك المدة وهى أطول . وقد فرض فى هذا كله أن مبدأ سريان المدة لا يختلف فى الحالتين، بيد أن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بانقضاء خمس عشر سنة عند جهل المضرور بالضرر الحادث أو بشخص محدثه ، وهى مدة أطول من مدة سقوط الدعوى الجنائية . وصفوة القول أن الدعوى المدنية قد تبقى قائمة بعد انقضاء الدعوى الجنائية ، ولكن ليس يقبل انقضاء الدعوى المدنية قبل انقضاء الدعوى الجنائية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٠) .

(1) التقادم الثلاثى لدعوى التعويض عن العمل غير المشروع . بدء سريانه من تاريخ العلم الحقيقى بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه . استخلاص هذا العلم من سلطة قاضى الموضوع . خضوعه لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه لا يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها .

(جلسة ١٩٩٤/٥/٣ الطعن ٤٠٤ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٥ ص ٧٨٧)

(جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ الطعن ٣١ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٥ ص ٣٨٨)

(جلسة ١٩٩٧/٥/٢٩ الطعن ٤٦٨٠ لسنة ٦١ ق السنة ٤٨ ص ٨٤٥)

خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر ، لأن هذه المدة أقصر من مدة ثلاث السنوات التى تسرى من وقت علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه ، إذ أن هذه المدة الأخيرة عند الحساب تكون ستة عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وقد رأينا أن القانون المدنى الجديد جعل التقادم بأقصر هاتين المدتين فى دعوى بطلان العقد . وسنرى أنه سار على هذا النهج فى الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة ، وها نحن نراه يسير على النهج ذاته فى الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع . وقد استبقى الالتزامات الناشئة عن العقد ، فجعلها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، لأنها التزامات أرادها المتعاقدان فترتبت فى ذمة الملتزم بإرادته هو ، وهذا بخلاف الالتزامات الأخرى فقد فرضها القانون على الملتزم .

وفى الحالة الثانية ، إذ نشأت دعوى المسئولية عن جريمة كجناية قتل مثلا ، تتقادم الدعوى فى الأصل بأقصر المدتين السابقتى الذكر . فإذا فرضنا أن أقصر المدتين ثلاث سنوات أو خمس أو أية مدة أخرى تقل عن عشر سنوات ، نتج عن ذلك موقف شاذ ، إذ تكون الدعوى المدنية قد تقادمت قبل أن تتقادم الدعوى الجنائية ، فإن هذه لا تتقادم إلا بعشر سنوات (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) . هذا الموقف الشاذ ، وهو سقوط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية ، وإيقاع عقوبة جنائية على الجانى دون التمكن من إلزامه بالتعويض وهو أقل خطراً من العقوبة الجنائية ، هو الذى أراد القانون أن يتفاداه. فنص على أن الدعوى المدنية لا تتقادم فى هذه الحالة ، بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ، ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يتمكن المضرور فى الوقت الذى يعاقب فيه الجانى أن يتقاضى منه التعويض المدنى [1] . أما العكس فمستساغ : تسقط الدعوى الجنائية قبل أن تسقط

(1) أ – مفاد نص المادة ١٧٢ من القانون المدنى أنه إذا كان العمل الضار سيتتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنية فان الدعوى المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية ، مؤدى نص المادتين ١٥ ، ١٧ من قانون الاجراءات الجنائية أن الدعوى الجنائية فى مواد الجنح تنقضى بمضى ثلاث سنوات من يوم وقوع الجريمة وتنقطع المدة باجراءات التحقيق أو الاتهام أو المصالحة وكذلك بالأمر الجنائى أو بإجراءات الاستدلال إذا اتخذت فى مواجهة المتهم أو إذا اعلن بها بوجه رسمى ، فإذا مضت مدة التقادم دون تمام ذلك فان لازمة انقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة ، ومنذ هذا الانقضاء يزول المانع الذى كان سببا فى وقت سريان تقادم دعوى المضرور المدنية قبل المسئول .

(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨ الطعن ٤٨٦١ لسنة ٦١ ق السنة ٤٨ ص ١٥٨٤)

(جلسة ١٩٩٧/٢/١٥ الطعن ٣٧٥٣ لسنة ٦١ ق السنة ٤٨ ص ٢٧٧)

ب – التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى تقادم استثنائى . الالتزامات التى تنشأ من القانون مباشرة . خضوعها للتقادم العادى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٤ مدنى دعوى التعويض المقامة من أحد أعضاء مجلس الشعب ضد رئيسه بصفته لاسقاط العضوية عنه على خلاف ما يقضى به الدستور والقانون ولائحة المجلس . سقوطها بالتقادم الطويل المنصوص عليه بالمادة ٣٧٤ مدنى. =

الدعوى المدنية . وصورة ذلك في المثل الذي نحن بصدده ألا تعلم الورثة بقتل مورثهم إلا بعد عشر سنوات من وقوع الجناية ، فتكون الدعوى الجنائية قد سقطت بالتقادم ، ومع ذلك تبقى الدعوى المدنية إذ لم ينقض لا ثلاث سنوات من وقت العلم بالجناية وبالجاني ولا خمس عشرة سنة من وقت وقوع الجناية [1] . ومثل ذلك أيضاً أن تكون الجريمة التي نشأت عنها دعوى المسئولية مخالفة بسيطة تنقضي الدعوى الجنائية فيها بمضي سنة من يوم وقوعها (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) ، فتكون الدعوى المدنية قائمة بعد سقوط الدعوى الجنائية إذ لا تسقط الدعوى الأولى بأقل من ثلاث سنوات [2] .

= (جلسة ١٩٩٧/٦/١٧ الطعن ٣١٨٩ لسنة ٥٨ ق السنة ٤٨ ص ٩٠٣)
(جلسة ١٩٧٦/١/١٤ مجموعة أحكام السنة ٢٧ ص ٢١٧)
(جلسة ١٩٧٣/١٢/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ١٢٤٣)

جـ – الاجراء المعمول عليه في افتتاح ميعاد الطعن بالتماس اعادة النظر في الأحكام العسكرية . اعلانها بمعرفة النيابة العسكرية إلى المحكوم عليه ، لا يغني عن ذلك الاعلان عن طريق الوحدة العسكرية . مؤداه مرور ثلاث سنوات على صدور هذا الحكم دون اعلانه للمحكوم عليه بمعرفة النيابة العسكرية. أثره. انقضاء الدعوى الجنائية . بدء سريان التقادم الثلاثي المسقط لدعوى التعويض المدنية من اليوم التالي لهذا الانقضاء.

(جلسة ١٩٩٧/٢/١٥ الطعن ٣٧٥٣ لسنة ٦١ ق السنة ٤٨ ص ٢٧٧)

– ويسري التقادم المنصوص عليه في المادة ١٧٢ من القانون المدني على كافة دعاوى المسئولية التقصيرية سواء كان أساسها الخطأ الثابت أو المفترض أو بسبب وقوع خطأ جسيم أو غش في نطاق العلاقة التعاقدين وقد قضت محكمة النقض بان «عقد المشرع لمصادر الالتزام فصولا خمسة حيث خصص الفصل الثالث منها للمصدر الثالث من مصادر الالتزام جاعلا عنوانه العمل غير المشروع ثم قسم هذا الفصل إلى ثلاث فروع رصد الفرع الأول منها للمسئولية عن الأعمال الشخصية والفرع الثاني للمسئولية عن عمل الغير والفرع الثالث للمسئولية عن الاشياء ، مما مفاده أن احكام غير المشروع تنطبق على انواع المسئوليات الثلاث . وآذ تحدث المشرع عن تقادم دعوى المسئولية المدنية فقد أورد نص المادة ١٧٢ من القانون المدني عاما منبسطا على تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بصفة عامة ، واللفظ متى ورد عاما ولم يقم الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه واثبات حكمه قطعا لجميع افراده ومن ثم تتقادم دعوى المسئولية عن العمل الشخصي ودعوى المسئولية عن الاشياء بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول قانونا عنه ولا تؤثر في ذلك كون المسئولية الأولى تقوم على خطأ ثابت وكون الثانية على خطأ مفترض لا يقبل اثبات العكس إذ أن كليهما مصدره العمل غير المشروع .

(جلسة ١٩٦٤/١١/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٠٠٧)

(١) نقض مدني في أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢ .

(٢) وسقوط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية أكثر احتمالا في القانون المدني الجديد (حيث قصرت مدة التقادم) منه في القانون المدني القديم . وهذا هو الذي جعل المشرع في القانون الجديد ينص صراحة على الاحتياط الذي نحن بصدده ، حتى لا تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية على النحو الذي قدمناه . أما القانون المدني القديم فلم يتضمن نصاً في هذه المسألة =

٦٢٦ – سريان النص الجديد من حيث الزمان : ويتبين مما قدمناه أن القانون المدني الجديد قد عدل مدة التقادم في دعوى المسئولية ، فجعلها في أكثر الأحوال أقصر من المدة التي كان القانون القديم يقررها . وقد نصت المادة الثامنة من القانون المدني الجديد على أنه «١ – إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ – أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي» .

ونفرض ، لتطبيق هذا النص ، أن مسئولية مدنية قد تحققت في ظل القانون المدني القديم : سرقة وقعت قبل نفاذ القانون الجديد وعلم المجني عليه بالسرقة وبالسارق قبل هذا التاريخ . فإذا فرضنا أن السرقة وقعت في سنة ١٩٤١ ، فإن دعوى المسئولية في هذا الفرض إذا طبق عليها القانون القديم لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة تسري من وقت وقوع السرقة، فتتقادم في سنة ١٩٥٦ . أما إذا طبق عليها القانون الجديد ، فإنها تتقادم بثلاث سنوات تسري من وقت العمل بالقانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فتتقادم في سنة ١٩٥٢ . ومن ثم يكون القانون الجديد هو الذي ينطبق لأن التقادم بمقتضاه أسرع ، وإذا فرضنا أن السرقة وقعت في سنة ١٩٣٦ ، فإن القانون القديم هو الذي ينطبق لأن الباقي من مدة التقادم فيه عند نفاذ القانون الجديد أقل من ثلاث سنوات ، وهي المدة التي قررها النص الجديد، فتتقادم الدعوى في هذا الفرض في سنة ١٩٥١ .

المطلب الثالث

الاثبــــات

١ – عبء الاثبات

٦٢٧ – عبء إثبات الضرر : المدعي هو الذي يحمل عبء إثبات ما أصابه من الضرر. ولا يستطيع أن يخطو في دعوى المسئولية خطوة قبل أن يثبت ذلك [1] .

وفي أحوال استثنائية يعفي القانون المدني من إثبات الضرر:

١ – إما بوضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن هناك ضرراً قد وقع. فقد

= ولم يكن في حاجة كبيرة إليه ، لأن دعوى المسئولية فيها كانت لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة، فكان من النادر أن تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية .

(١) استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللي م ١٧٩ رقم ٩ – وفي ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ – وفي ٤ مارس سنة ١٩٤٥ م ٢٧ ص ١٩٩ – قارن محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١١٩ ص ٤٥٥ وتعليق الدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٨ – ص ٣٤٩ .

نصت المادة ٢٢٨ من القانون المدنى الجديد على أنه «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير» . وأكثر ما يقع ذلك فى المسئولية العقدية . ولكن يمكن تصوره فى المسئولية التقصيرية ، إذا قدر الطرفان مقدار التعويض باتفاق بينهما ، فتستحق فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات الضرر .

٢ – وإما بوضع قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على وقوع الضرر . ويكون ذلك فى الشرط الجزائى ، فقد نصت المادة ٢٢٤ فقرة أولى من القانون المدنى الجديد على أنه «لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر» . ويغلب أن يقع هذا أيضا فى المسئولية العقدية ، ولكنه يتصور فى المسئولية التقصيرية إذا اتفق الطرفان على إعادة الشئ إلى أصله كتعويض عن خطأ تقصيرى ووضعا شرطاً جزائيا . والمفروض عند وجود شرط جزائى أن إخلال المدين بالتزامه قد أصاب الدائن بالضرر ، وقد قدر المتعاقدان فى الشرط الجزائى مدى هذا الضرر وقيمته . وهذه قرينة قانونية تعفى الدائن من إثبات الضرر، ولكنها تقبل إثبات العكس ، فللمدين أن يثبت ، كما يقول النص ، أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .

٦٢٨ – **عبء إثبات الخطأ** : الأصل أن عبء إثبات الخطأ يقع على المدعى . والخطأ كما قدمنا هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف للشخص العادى . وهذا الانحراف واقعة مادية ، أكثر ما تثبت من طريق قرائن قضائية متتابعة ، تنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب . فالمدعى يبدأ بإثبات واقعة تقوم قرينة قضائية على وقوع الخطأ . فينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . فيثبت هذا واقعة أخرى تقوم هى أيضاً قرينة قضائية على انتفاء الخطأ من جانبه . فيعود عبء الإثبات إلى المدعى ، وهكذا ، إلى أن يعجز أحد الطرفين عن إثبات ما يزحزح عنه القرينة القضائية التى ألقاها عليه خصمه ، فيكون هو العاجز عن الإثبات . فإن كان المدعى هو الذى عجز ، فقد اعتبر غير قادر على إثبات دعواه وخسرها . وإن كان الذى عجز هو المدعى عليه ، فإن المدعى يكون قد تمكن من إثبات الخطأ [1] .

هذا هو الأصل. ولكن ترد استثناءات كثيرة ، يعفى فيها المدعى من إثبات الخطأ، بفضل قرينة قانونية تكون إما قابلة لإثبات العكس وإما غير قابلة لذلك [2] . وسنرى فيما يلى تفصيلا وافيا لهذه القرائن القانونية ، وبعضها قابل لإثبات العكس كخطأ من يعهد إليه بالرقابة على غيره ، وبعضها غير قابل لإثبات العكس كخطأ المتبوع وخطأ حارس الأشياء .

(١) استئناف مختلط فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ – محكمة الإسكندرية المختلطة فى ١٠ يونية سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٦ ص ١٦٠ .

(٢) أنظر فى أن الخطأ المفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس هو فى الواقع من الأمر خطأ ثابت (faute prouvée) مازو ٢ فقرة ١٦٩٠ – فقرة ١٦٩٢ .

ويلاحظ بوجه عام أن هذه القرائن القانونية لا تعفى المدعى من إثبات وجود الحالة القانونية التى يترتب عليها قيام القرينة على الخطأ [1] . وسنرى ذلك فى مكانه .

٦٢٩ – **عبء إثبات السببية** : الأصل هنا أيضا أن عبء إثبات السببية يقع على المدعي. فهو الذى يثبت ، ليس فحسب الضرر الذى وقع عليه والخطأ الذى وقع من غريمه ، بل أيضا علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

ولكن هذه القاعدة محدودة الأهمية . فهى تارة يرد عليها استثناءات يقررها القانون، وطورا يضيق مجال تطبيقها العملى حتى تصبح القاعدة هى الاستثناء .

أما الاستثناءات التى يقررها القانون فهى قرائن قانونية ، كلها قابلة لإثبات العكس، يقيمها القانون على وجود السببية . والقانون يقيم هذه القرائن حيث يقيم قرائن الخطأ. فهو إذا أقام قرينة على الخطأ – قابلة أو غير قابلة لإثبات العكس – يقيم إلى جانبها قرينة على السببية تكون دائماً قابلة لإثبات العكس . فالمكلف بالرقابة تقوم ضده قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على الخطأ ، وتقوم ضده كذلك قرينة قانونية قابلة هى أيضا لإثبات العكس على السببية ، ويستطيع أن ينفى كلا من القرينتين ، فينفى قرينة الخطأ بإثبات أنه لم يقصر فى الرقابة ، وينفى قرينة السببية بإثبات أن الضرر كان لابد واقعا حتى لو لم يقصر أى بإثبات السبب الأجنبى . وحارس الحيوان أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة تقوم ضده قرينة الخطأ وهى غير قابلة لإثبات العكس ، وقرينة السببية وهى قابلة للنفى بإثبات السبب الأجنبى .

فإذا تركنا الاستثناءات وعدنا إلى القاعدة ، رأينا أن مجال تطبيقها فى العمل محدود . ذلك أن المدعى إذا أثبت الضرر والخطأ ، ففى أكثر الأحوال ، ومن الناحية العملية المحضة، تقوم فى ذهن القاضى شبهة قوية فى أن الخطأ هو الذى أحدث الضرر . ومن ثم تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية ، تنقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . فيطالب هذا بنفى هذه العلاقة ، ويستطيع ذلك إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى . وهذا هو السبب الذى دعا المشرع فى القانون المدنى الجديد إلى أن يورد الحكم فى هذه المسألة على هذا الوضع العملى . فنص فى المادة ١٦٥ على ما يأتى : «إذا **أثبت الشخص** أن الضرر قد نشأ من سبب أجنبى لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أوخطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك» . ونص فى المادة ٢١٥ على ما يأتى : «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، **ما لم يثبت** أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه». ففى

(١) والقرائن القانونية على الخطأ إنما أقامها القانون لمصلحة المدعى دون غيره . وقد رأينا أن غير المدعى لا يجوز له أن ينتفع بهذه القرائن ، فلا يصح أن يتمسك بها لا المدعى عليه ولا الغير .

التصين وضع القانون عبء الإثبات ، من الناحية العملية المحضة ، على عاتق المدين على على عاتق الدائن [1].

٢ – وسائل الاثبات

٦٣٠ – الاثبات بجميع الطرق : لما كانت الأركان الثلاثة – الخطأ والضرر والسببية – التي يجب إثباتها لتحقق المسئولية هي كلها وقائع مادية ، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز بجميع الطرق ، وبخاصة البينة والقرائن [2]. وفي أكثر الأحوال يثبت الضرر والسببية بالمعاينة المادية أو بشهادة طبية أو بتقدير الخبراء . أما الخطأ فأكثر ما يثبت بشهادة من عاينوا الحادث وبالتحقيق الجنائي وبالانتقال إلى محل الواقعة ومعاينته وبالقرائن القضائية والقانونية [3].

٦٣١ – ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي – تأصيل القاعدة : ومن أهم القرائن القانونية التي تسيطر على وسائل الإثبات في دعوى المسئولية حجية الحكم الجنائي . ذلك أن دعوى المسئولية يغلب أن تقوم على جريمة جنائية ، فتخضع لاختصاص القضاء الجنائي واختصاص القضاء المدني . فإذا صدر حكم نهائي في الجريمة من محكمة جنائية، فإلى أي حد يصبح هذا الحكم حجة في الدعوى المدنية ، وهل يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي ؟ تجيب المادة ١٠٢ من قانون الاثبات (تقابلها المادة ٤٠٦ من القانون المدني الملغاه).

«لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً» [1].

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ٢١٥ ، حيث ورد أن إسقاط قرينة الخطأ يكون بإثبات السبب الأجنبي . وفي هذا خلط بين الخطأ وعلاقة السببية ، فإن الذي ينتفي بإثبات السبب الأجنبي هو علاقة السببية لا الخطأ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين بأن يدفعا إلى المدعية مبلغا تعويضا لها عن عبث الخادم بحلي كانت في علبة استودعتها السيد هي دعوى متضمنة في الواقع دعويين : الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم . وفيها يدور الإثبات بينه وبين المدعية على وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائز قانوناً بأي طريق من طرق الإثبات ، فهي دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التي وقعت عليها الجريمة كانت وديعة ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد ، وأساسا أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة في حال تأدية وظيفته عنده، وهذه ليس مطلوبافيها إثبات عقد الوديعة على السيد . ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن (نقض مدني أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٤٢). وقضت أيضاً بأن الدليل لا ارتباط له بالمسئولية في حد ذاتها ، وإنما يتعلق بذات الأمر المطلوب إثباته فقد تكون المسئولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن كما في حالة التعهد بعلم شيء عندما يرغب المتعهد له إثبات مخالفة المتعهد لتعهده . وقد تكون المسئولية جنائية أو تقصيرية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة حتما بالنسبة للعقد المرتبط بها إذا كانت قيمته تزيد على الف قرش (الآن خمسمائة جنيه) في غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المستثناة كما هي الحال في خيانة الأمانة (نقض مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ ص ٧٥) .

(٣) استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٥ – وفي ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ... – وفي ١١ مارس سنة ١٨٩٧م ٩ ص ١٩٦ – وفي ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٩٥ – وفي ... ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٧٢ – وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ – وفي ... سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٤ .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٥٤٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي في الوقائع التي لم يفصل فيها هذا الحكم أو الوقائع التي فصل فيها دون ضرورة» . وفي لجنة المراجعة رؤي أن المعنى يكون أوضح لو ذكر الحكم العكسي ، فوافقت اللجنة على أن يكون نص المادة كما يأتي : «لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً» . وأصبح رقم المادة ٤١٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك وافقت عليها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٤٩٠٦ . ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٤ – ص ٤٢٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «١ – استلهم المشروع في صياغة هذه المادة أحكام المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٩٥٦ من التقنين الهولندي والمادة ٢٥٠٢ من التقنين البرتغالي . ويراعى أن حجية الأحكام الجنائية تنطوي على معنى الإطلاق من ناحية ومعنى الاقتصار من ناحية أخرى . (أ) فهي مطلقة بمعنى أن ما تقضي به المحاكم الجنائية يكون ملزماً للكافة ، ولذلك نصت المادة ١٩ فقرة أولى من تقنين تحقيق الجنايات المختلط على إلزام المحكمة المدنية بالفصل طبقا لما قضي به نهائيا من المحكمة الجنائية إذا استلزم الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها معرفة ما إذا كانت هناك جريمة قد ارتكبت ومن ينسب إليه ارتكابها. ونصت المادة نفسها في فقرتها الثانية على إلزام المحكمة المدنية بوقف الفصل في الدعوى المدنية المترتبة على وقوع الجريمة إذ رفعت الدعوى الجنائية قبل الفصل فيها نهائياً، وذلك اتقاء لتعارض الأحكام. (ب) وهي قاصرة بمعنى أن نطاق إلزامها لا يجاوز ما قضي به فعلا ، أي ما فصل فيه الحكم ، ففي حالة عدم الحكم بعقوبة – وهي الحالة التي تواجهها المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي – يجوز للقاضي المدني أن يحكم على المتهم بالتعويض دون أن ينطوي حكمه هذا على تعارض مع الحكم النهائي . فالواقع أن عدم القضاء بالعقوبة قد يرجع إلى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو بالتقادم أو بالعفو الشامل ، وإزاء ذلك لا يحكم القاضي بالعقوبة لتوافر هذا السبب أو ذاك، دون أن يفصل في الواقعة التي أسست عليها الدعوى الجنائية . وما دام القاضي الجنائي قد اقتصر على الفصل في أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم يمتنع توقيع عقوبة بشأنها «فللقاضي المدني والحال هذه أن يقضي بالتعويض دون أن يعارض بذلك ما قضي به جنائياً ، وأن يؤسس قضاءه على الواقعة نفسها بوصفها تقصيراً مدنياً وقع من المتهم . ثم ان الحكم بالبراءة قد لا ينفي قيام التقصير المدني أيضاً ، إذ ليس ثمة تلازم بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية ، فيجوز أن يقتصر نطاق الدعوى العمومية على فعل معين لا يستتبع مسئولية جنائية ولكنه يستتبع مسئولية مدنية ، وفي هذه الحالة تفصل المحكمة الجنائية في المسئولية الجنائية وحدها وتقضي بالبراءة ولو أن الواقعة التي فصلت فيها أو وقائع أخرى لم تنظر فيها قد تكون أساساً لدعوى مدنية . فيجوز مثلا أن يبرأ المتهم من جريمة مخالفة قواعد المرور مع الحكم عليه بالتعويض عن تقصير مدني لا يصدق عليه وصف الجريمة . فإذا اقتصر القاضي الجنائي على الفصل=

وتأصيل هذه القاعدة لا يرجع إلى أن الحكم الجنائى يربط القضاء المدنى بمقتضى قوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) فإن قوة الأمر المقضى ، تقتضى الوحدة فى الخصوم والموضوع والسبب ، ولا يمكن أن يتحقق هذا إلا فى قضاء مدنى يقيد قضاء مدنياً أو فى قضاء جنائى يقيد قضاء جنائياً . أما القضاء الجنائى إذا أريد أن يقيد قضاء مدنياً فلن يكون هذا الوحدة فى الخصوم فالخصوم فى الدعوى الجنائية وفيهم النيابة العامة غيرهم فى الدعوى المدنية ، ولا لوحدة فى الموضوع فموضوع الدعوى الجنائية العقوبة وموضوع الدعوى المدنية التعويض، ولا لوحدة فى السبب فسبب العقوبة خطأ جنائى وسبب التعويض خطأ مدنى . فكيف يقوم التقييد على هذا الأساس وقوة الشئ المقضى تقتضى الوحدة فى هؤلاء جمعياً !

وإنما يرجع تقييد القضاء الجنائى للقضاء المدنى إلى اعتبارين ، أحدهما قانونى والآخر عملى . أما الاعتبار القانونى فهو أن الحكم الجنائى له حجية مطلقة ، فهو حجة بما جلى فيه على الناس كافة ، ومنهم الخصوم فى الدعوى المدنية ، فهؤلاء لا يجوز لهم أن يناقشوا [illegible] الحكم الجنائى . والاعتبار العملى هو أنه من غير المستساغ ، والمسائل الجنائية من النظام العام، أن يقول القاضى الجنائى شيئاً فينقضه القاضى المدنى . فإذا صدر حكم جنائى بإدانة متهم أو ببراءته ، كان مؤذياً للشعور العام ، وقد أمنت الناس على أثر الحكم الجنائى بأن المتهم مجرم أو برئ ، أن يأتى القاضى المدنى فيقول إن المتهم برئ فلا يحكم عليه بالتعويض فى الوقت الذى قال فيه القاضى الجنائى إنه مجرم ، أو يقول إن المتهم مجرم فيحكم عليه

= فى أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم لا تعتبر جريمة ، جاز للقاضى المدنى أن يقضى بالتعويض دون أن يناقض بذلك ما قضى به جنائياً . ٢ - فالشرط الجوهرى فى انتفاء حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة أو بانتفاء وجه استيفاء العقوبة أمام المحاكم المدنية هو اقتصار القاضى الجنائى على الفصل فى الواقعة الجنائية دون الفصل فى نسبتها . ويتحقق هذا الشرط متى قضى الحكم بأن الواقعة لم يعد [illegible] لاستيفاء العقوبة بشأنها أو أنها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة) . ولكن لو فرض أن [illegible] أسس البراءة على نفى نسبة الواقعة إلى المتهم ، كان لحكمه قوة الشئ المقضى به بشأن هذه [illegible] وتعين على القاضى المدنى أن يفصل طبقاً لهذا القضاء ، وفقاً لما تقضى به المادة ١٩ من تقنين الجنايات المختلط . ويستفاد هذا الحكم ضمناً من المادة ٣٠٦ من هذا التقنين إذ تنص على أنه [illegible] المتهم وألزم بتعويضات للمدعى المدنى بالحق المدنى يكون تقدير المصاريف الواجب الحكم بها للمدعى بالحق المدنى المذكور حسب القواعد المقررة فى المواد المدنية والتجارية» . وقد استند [illegible] بوجه خاص إلى هذه المادة وقضى بإلزام المتهم بالتعويضات رغم الحكم ببراءته (جنح المنصورة [illegible] مايو سنة ١٩٣٨ جريدة المحاكم المختلطة ٤ يونية سنة ١٩٣٨ واستئناف مختلط فى ٢٧ مايو ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) ورغم تقادم الدعوى العمومية (استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة [illegible] م ٣٩ ص ٤٨٨)» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٥ - ص ٤٢٧) .

بالتعويض بعد أن قال القاضى الجنائى أنه برئ [1] .

فمنع التعارض ما بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية ، وجعل هذه مسايرة لتلك ، هو الذى أملى القاعدة التى تقضى بأن القاضى المدنى يرتبط بالحكم الجنائى . لذلك لا

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب أن يكون للحكم الجنائى الصادر بالإدانة حجيته أمام المحاكم المدنية فى الدعوى التى يكون أساسها ذات الفعل موضوع الدعوى التى صدر فيها ، وذلك منعاً من أن يجئ الحكم المدنى على خلاف الحكم الجنائى . فإنه ليس من المقبول فى النظام الاجتماعى أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقعت منه ، ثم تأتى المحكمة المدنية فتقضى بأن الفعل المكون للجريمة لم يقع منه ، فى حين أن الشارع قد أحاط الإجراءات أمام المحاكم الجنائية - لتعلقها بأرواح الناس وحرياتهم وأعراضهم - بضمانات أكفل بإظهار الحقيقة ، مما مقتضاه أن يكون الحكم متى صدر بالإدانة محل ثقة الناس كافة بصورة مطلقة لا يصح معها بأى حال إعادة النظر فى موضوعه . وإذن فإذا قضت المحكمة المدنية للمدعى بتثبيت ملكيته للأطيان المتنازع عليها، وبنت قضاءها على رفض ما دفع به المدعى عليه الدعوى متمسكا بملكيته إياها استناداً إلى عقد بيع سبق الحكم جنائياً بإدانته فى تهمة تزويره ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٠ ص ٢٤٥) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية يجب أن تكون له حجية المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية بالنسبة لما يقتضى الفصل فى تلك الدعوى بيانه فيه حسب القانون متى كان مناط الدعوى المدنية ذات الفعل الذى تناوله هذا الحكم . وليست العلة فى ذلك اتحاد الخصوم والموضوع والسبب فى الدعويين ، وإنما هى فى الواقع توافر الضمانات المختلفة التى قررها الشارع فى الدعاوى الجنائية ابتغاء الوصول إلى الحقيقة لارتباطها بالأرواح والحريات - الأمر الذى تتأثر به مصلحة الجماعة لا مصلحة الأفراد ، مما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الإطلاق، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام . وهذا يستلزم حتما ألا تكون هذه الأحكام معرضة فى أى وقت لإعادة النظر فى الموضوع الذى صدرت فيه ، حتى لا يجر ذلك إلى تخطئتها من جانب أية جهة من جهات القضاء . وإذ كان تفادى التعارض على الوجه المتقدم هو العلة فى تقرير حجية الحكم الجنائى فى الدعوى المدنية التعلق موضوعها به ، فإن جريمة الإقراض بالربا لا تختلف فى هذا الصدد عن غيرها من الجرائم لتوافر هذه العلة فيها هى أيضاً - فالحكم الجنائى الصادر على المتهم فى جريمة الاعتياد على الإقراض بفوائد ربوية يكون ملزما للقاضى المدنى فيما أثبته خاصاً بسعر الفائدة التى حصل الإقراض بها، لأن مقدار الفائدة عنصر أساسى فى هذه الجريمة ، وإذا أبيح للقاضى المدنى إعادة النظر فيه لجاز يؤدى ذلك إلى وجود التناقض بين الحكمين المدنى والجنائى فى أمر هو من مستلزمات الإدانة . وكذلك يكون ملزما له فيما أثبته عن وقائع الإقراض لتعلق هذه الوقائع أيضا - مهما كان عددها - بالإدانة ، إذ القانون لم ينص على عدد المرات التى تكون الاعتياد ، الأمر الذى يستوجب أن تكون التهمة التى حصل العقاب عليها متضمنة جميع الأفعال الداخلة فى الجريمة حتى وقت المحاكمة (نقض مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢ - وتعليق الدكتور سليمان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ١٩٦ - ص ١٩٨) .

وقضت كذلك بأنه إذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة متهم بتزوير عقد ، نافية وقوع التزوير ، فهذا الحكم يحول بتاتا دون نظر دعوى تزوير هذا العقد التى يرفعها بصفة فرعية من كان مدعياً بالحق المدنى فى وجه المتمسك بالعقد الذى كان متهماً فى الدعوى الجنائية (نقض مدنى فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٦ ص ٤٦٦) .

تشترط فى تطبيق القاعدة لا وحدة الخصوم ولا وحدة الموضوع ولا وحدة السبب، وإنما تشترط شروط ثلاثة أخرى ، هى التى ننتقل الآن إليها .

٦٣٢ – شروط القاعدة – الشرط الأول أن يكون المطلوب تقييده هو القضاء المدنى: فالقضاء الجنائى هو الذى يراد عدم الإخلال بحجيته المطلقة ، فلا يتقيد إلا بقضاء جنائى مثله يكون قد حاز قوة الشئ المقضى ، مع مراعاة الشروط المعروفة من وحدة فى الخصوم ووحدة فى الموضوع ووحدة فى السبب . والذى يتقيد بالقضاء الجنائى هو القضاء المدنى بمعناه الواسع ، فيشمل القضاء المدنى والقضاء التجارى ، بل والقضاء الإدارى .

٦٣٣ – الشرط الثانى أن يكون الحكم الذى يتقيد به القاضى المدنى هو حكم جنائى: ويكفى أن يكون الحكم الجنائى صادراً من أية جهة قضائية جنائية ، حتى لو كانت جهة استثنائية كالقضاء العسكرى . ولكن يجب أن يكون الحكم الجنائى صادراً فى الموضوع، لا حكماً تحضيرياً ولا حكماً تمهيدياً ولا أمراً متعلقاً بعمل من أعمال التحقيق الجنائى ولا قراراً صادراً من النيابة العامة [1] . ويجب أن يكون حكماً نهائياً .

ويجب أيضاً أن يكون الحكم الجنائى سابقاً فى صدوره على الحكم المدنى الذى يراد تقييده . إذ لو كان الحكم المدنى سابقاً ، واستقرت به حقوق الطرفين ، لم يجز المساس به بسبب حكم جنائى يصدر بعده . ولا يعقل – كما تقول محكمة النقض – أن ينعى على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره [2] (أ) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قرار الحفظ الذى تصدره النيابة العامة أيا كان سببه ، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مهما كانت صوره أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بعينه غير صحيح أو لم يقم عليه دليل كاف – هذا القرار لا يحوز قوة الأمر المقضى قبل المضرور بالحادث ، فلا يحول بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ الطعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الاحتجاج بالحكم الجنائى أمام القضاء المدنى محله أن يكون الحكم الجنائى سابقاً على الحكم المدنى لا لاحقا له ، إذ بعد استقرار الحقوق بين الطرفين بحكم نهائى مدنى لا يصح المساس بها بسبب حكم جنائى يصدر بعده . وعلى ذلك إذا فصل فى نزاع من محكمة مدنية، ثم أثير هذا النزاع أمام محكمة مدنية أخرى وأخذت هذه المحكمة بحكم المحكمة المدنية الأولى فى حق من صدر بينهم الحكم ، فإنها لا تكون أخطأت فى تطبيق القانون ، ولو كان صدر بين الحكمين حكم جنائى مخالف للحكم الأول (نقض مدنى فى ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٦ ص ٣٧٦ : كان الحكم الأول قد صدر نهائياً بين المشترى والبائع بصورية البيع بناء على ورقة ضد ادعى البائع صدورها من المشترى ، فادعى هذا تزويرها وقضى برفض دعواه . ثم لما قضت المحكمة الجنائية بإدانة المتهم بتزوير ورقة الضد ، طعن المشترى فى حكم المحكمة المدنية بالتماس إعادة النظر بناء على صدور الحكم الجنائى ، ولكن المحكمة المدنية قضت برفض الالتماس . وبعد الحكم الجنائى – ولكن قبل الحكم فى الالتماس – باع المشترى العقار إلى آخر ، ورفع المشترى الثانى بعد الحكم فى الالتماس دعواه على البائع بملكية المبيع ، فقضى فى هذه الدعوى المدنية الثانية برفضها بناء على الحكم الأول الصادر بصحة ورقة الضد) .

وقضت محكمة النقض أيضا بأن محل التمسك بأن المحكمة المدنية تكون مقيدة بما قضى به =

والذى يقع كثيراً أن يكون الحكم الجنائى سابقاً فى صدوره على الحكم المدنى ، وذلك بفضل القاعدة التى تقضى بأن الدعوى الجنائية تقف من سير الدعوى المدنية . فإذا رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية والدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، وجب أن توقف الدعوى المدنية حتى يفصل نهائيا فى الدعوى الجنائية ، وبذلك يتحقق أن يكون الحكم الجنائى النهائى سابقاً فى صدوره على الحكم المدنى ، ليتقيد هذا به [1] . ذلك ما تقضى به قاعدة وقف الدعوى المدنية ، وهذه هى الحكمة المتوخاة منها . ويندر أن يسبق الحكم المدنى الحكم الجنائى ، ولا يتحقق هذا إلا إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية وفصل فيها نهائياً قبل رفع الدعوى الجنائية . وفى هذه الحالة لا يتقيد الحكم المدنى بالحكم الجنائى كما قدمنا .

بقى أن نواجه فرضاً هو الذى يقع فى الغالب من الأحوال : أن ترفع الدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية ، بأن يدخل المضرور مدعياً مدنياً فى الدعوى الجنائية . فى هذا الفرض يصدر حكم واحد فى الدعويين ، فلا يتصور أن يسبق الحكم الجنائى الحكم المدنى، وبذلك لا يكون هناك محل لتطبيق قاعدة تقييد الحكم المدنى بالحكم الجنائى، والقاضى الجنائى الذى يصدر هذا الحكم الواحد يتقيد طبعاً بمراعاة التنسيق ما بين أجزائه، وبهذا يتحقق الانسجام فعلا ما بين الجزء الجنائى والجزء المدنى ، فإذا وقع أن تعارضا، كان هذا سبباً للطعن بالنقض فى الحكم [2] .

= الحكم الجنائى هو أن يكون هذا الحكم صادراً قبل الفصل فى الدعوى المدنية لا بعد ذلك . فإذا كان الحكم فى الدعوى المدنية قد صدر قبل الحكم الجنائى فلا محل لذلك ، إذ لا يعقل أن ينعى على حكم مخالفته حكما لم يكن قائماً وقت صدوره (نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٣ ص ٥٢٥) .

(أ) حجية الحكم الجنائى امام المحاكم المدنية . محله أن يكون الحكم الجنائى سابقا على الحكم المدنى الذى يراد تقييده لا لاحقا له إذ بعد استقرار الحقوق من الطرفين بحكم مدنى نهائى لا يصح المساس بها بسبب حكم جنائى يصدر بعد ، فإذا كان الثابت أن الحكم الجنائى ببراءة الطاعن من تهمة تزوير عقد بيع رسمى قد صدر لاحقا لحكم محكمة الاستئناف برد وبطلان ذات العقد فإن الحكم الجنائى المذكور لا يمس بقوة الأمر المقضى التى حازها الحكم الاستئنافى .

(جلسة ١٩٦٧/٦/٨ الطعن ٨٤ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٢٣٦)

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٨ الطعن ١٠ لسنة ٤٤ ق احوال شخصية س ٢٧ ص ٣٣٠)

(جلسة ١٩٨٧/١١/٢٢ الطعن ٧٤١ لسنة ٥٤ ق س ٣٨ ص ٩٨٤)

(١) ويجوز للخصم الذى يتمسك بالحكم الجنائى ليقيد به القاضى المدنى أن يقدم صورة منه، بل يجوز للقاضى المدنى من تلقاء نفسه أن يأمر بضم هذه القضية حتى يعرف مدى الحكم الذى يجب عليه أن يتقيد به ، لأن هذا يعتبر من النظام العام ، للقاضى أن يراعيه ولو لم تطلبه الخصوم .

(٢) فإذا صدر حكم واحد فى الدعويين الجنائية والمدنية ، واستؤنف الحكم فى شقه المدنى دون الجنائى ، لم يجز أن يقال إن الحكم الجنائى قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدنى ، فيجب أن يتقيد هذا بذاك. ذلك أن الاستئناف يعيد القضية فى جميع نواحيها إلى ما كانت عليه فى الحدود التى استؤنف فيها =

٦٣٤ – الشرط الثالث أن يكون ما يتقيد به القاضى هو الوقائع التى فصل فيها الحكم الجنائى وكان فصله فيها ضرورياً : وهذا هو أدق الشروط الثلاثة ، لذلك تكفل نص المادة ١٠٢ اثبات بذكره . فالقاضى المدنى يتقيد بما فصل فى القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون . ولا يتقيد بما فصل فيه القاضى الجنائى من هذه الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائى [1] . فهذا أمران نتولى بحثهما .

(أولا) يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون . فلا يتقيد بالتكييف القانونى الذى اتبعه القاضى لهذه الوقائع من الناحية الجنائية [2] . مثل ذلك أن يحكم القاضى الجنائى ببراءة سائق السيارة من تهمة القتل خطأ لأن الوقائع التى ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه ، فلا يتقيد القاضى المدنى بهذا التكييف الجنائى ، بل عليه أن يلتزم التكييف المدنى وهو يختلف عن التكييف الأول ، فالخطأ المدنى هنا مفروض فى جانب السائق ، ويحكم القاضى المدنى بتعويض على السائق الذى حكم القاضى الجنائى ببراءته [1] .

(ثانياً) ولا يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائى . فليس يتقيد القاضى المدنى بجميع الوقائع التى

= الحكم ، ويمنع الاستئناف من أن يصبح الحكم نهائياً ، حتى فى الشق الذى لم يستأنف ، من حيث المصالح التى ظلت عن طريق الاستئناف باقية فى الخصومة (مازو ٢ فقرة ١٧٥٩) . فلمحكمة الاستئناف إذن أن تلغى الحكم بالتعويض لمصلحة المتهم الذى حكم القاضى الابتدائى بإدانته وأصبحت الإدانة نهائية بعدم استئنافها ، كم لها أن تحكم بالتعويض على المدعى عليه الذى حكم القاضى الابتدائى ببراءته وأصبحت البراءة نهائية بعدم استئنافها .

(١) أنظر فى أن الحكم الجنائى بالبراءة لا يمنع من المسئولية المدنية : نقض جنائى فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ – وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٠٩ ص ١١١ – وفى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ – وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ – وفى ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٥٣ ص ٢٨٥ .

(1) الحكم الجنائى يقيد القضاء المدنى فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلي فاعلها ، وهذه الحجية لا تثبت إلا للأحكام الفاصله فى موضوع الدعوى الجنائية دون غيرها من الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق .

(جلسة ١٩٨٣/١/٤ الطعن ٥٥٤٤ لسنة ٥٢ ق س ٣٤ ص ٣٢)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ الطعن ٧٤٠ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ص ١٨١)

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٧ الطعن ٥١١ لسنة ٤١ ق س ٢٧ ص ٣٠٧)

(2) حجية الحكم الجنائى امام المحاكم المدنية . شرطها . الحكم بالبراءة . اقامته على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون سواء لانتفاء القصد الجنائى أو لسبب آخر . اثر ذلك . عدم ثبوت حجية الشئ المحكوم فيه امام المحكمة المدنية . لها بحث ما قد نشأ عن هذا الفعل من ضرر يصح أن يكون أساسا للتعويض .

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ الطعن ٨٤٨٧ لسنة ٦٦ ق السنة ٤٨ ص ٩٧٠ ع)

عرض لها الحكم الجنائى وأثبتها ، بل هو لا يتقيد منها إلا بما كان ضرورياً للحكم الجنائى ، بحيث لو لم تثبت لانهدم الحكم الجنائى ولما أمكن أن يقوم . أما ما لم يكن ضرورياً من هذه الوقائع ، فلا يتقيد به القاضى المدنى مهما أكده القاضى الجنائى . ونستعرض الفرضين المحتملين فى تطبيق هذه القاعدة الدقيقة : (١) أن يصدر حكم جنائى بالإدانة (٢) أو يصدر بالبراءة .

١ – حكم جنائى بالإدانة [1] : إذا سكت هذا الحكم عن ركن الضرر ولم يتعرض له لا بإثبات ولا بنفى ، كان القاضى المدنى حراً غير مقيد فى هذا الخصوص ، فله أن يثبت فى حكمه المدنى وقوع الضرر أو عدم وقوعه ، وإذا إثبت وقوعه فله أن يبين على من وقع . أما إذا عرض الحكم الجنائى لركن الضرر فأنكر وقوعه ، لم يتقيد القاضى المدنى بهذا إلا إذا كان وقوع الضرر أو عدم وقوعه من شأنه أن يؤثر فى منطوق الحكم الجنائى . فإذا قال القاضى الجنائى فى حكمه إن ضرراً ما لم يقع على المجنى عليه ، ولم يكن وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، لم يتقيد القاضى المدنى بما قاله القاضى الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن المجنى عليه قد أصابه ضرر ، إذ لا خوف من التعارض ما بين الحكمين الجنائى والمدنى ، لأنه حتى لو أصيب المجنى عليه بضرر فإن الحكم الجنائى يبقى صحيحاً. وإذا حكم القاضى الجنائى بأن الضرر لم يقع ، وبنى على ذلك أن الجريمة شروع لا فعل تام ، تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ولم يستطع أن يقول إن الضرر قد وقع ، لأن هذا يتعارض مع الحكم الجنائى فى مسألة لو صح فيها الحكم المدنى لانهدم الحكم الجنائى وهو يقوم على أن الجريمة شروع لا فعل تام . يبقى أن يعرض الحكم الجنائى لركن الضرر فيثبت وقوعه . فإن كان وقوع الضرر غير مؤثر فى الحكم الجنائى ، كالحكم فى مخالفة من مخالفات المرور ، لم يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن الضرر لم يقع ، لأنه حتى لو صح هذا لم ينهدم الحكم الجنائى . وإن كان وقوع الضرر مؤثراً فى الحكم الجنائى ، كالحكم بالإدانة فى تهمة قتل ، تقيد القاضى المدنى بأن القتل قد وقع ، ولا يستطيع أن ينفى فى حكمه هذه الواقعة . وإذا عين الحكم الجنائى الشخص الذى وقع عليه الضرر وكان هذا مؤثراً فى الحكم الجنائى ، تقيد به القاضى المدنى ، كما إذا أثبت القاضى الجنائى أن السرقة وقعت على الزوج أو أن هتك العرض وقع على شخص تحت سلطة المتهم ، فلا يستطيع القاضى المدنى أن يثبت فى حكمه غير ذلك، لأن الحكم الجنائى يتأثر بهذا التعارض ، فإن كون المجنى عليه هو زوج المتهمة أعفى هذه من عقوبة السرقة، وكون المجنى عليها هى تحت سلطة المتهم شدد من عقوبة هتك العرض . وإذا عرض القاضى الجنائى للضرر من حيث طبيعته أو من حيث مقداره ، فإن هذا لا يؤثر عادة فى الحكم الجنائى ، فلا يتقيد به القاضى المدنى . أما إذا أثر ، كأن أثبت القاضى الجنائى أن الضرر هو

---

(١) حتى لو صدر عفو عن الجريمة أو عن العقوبة ، فإن العفو إنما يزيل الأثر الجنائى دون الأثر المدنى .

عاهة مستديمة أو أثبت أن الجروح نشأ عنه عجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً، تقيد القاضي المدني بذلك ، لأن العاهة المستديمة قلبت الجنحة إلى جناية ، ولأن الجرح إذا أعجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً استوجب عقوبة أشد .

أما بالنسبة إلى ركن الخطأ ، فإن الحكم الجنائي القاضي بالإدانة يكون قد عرض له حتما وأثبت وجوده ، وإلا لما صدر حكم بالإدانة . فيتقيد القاضي المدني في حكمه بوجود الخطأ من الناحية المدنية . ذلك أن كل خطأ جنائي هو في الوقت ذاته خطأ مدني ، ولا عكس [1] . وإذا كان قد يقع أن الخطأ الجنائي – وهو في الوقت ذاته خطأ مدني كما قدمنا – لا يحدث ضرراً ، كجريمة التشرد وجرائم المرور والشروع في الجرائم ، فلا تتحقق المسئولية المدنية ، فإن ذلك لا يرجع إلى أن الخطأ الجنائي ليس بخطأ مدني ، بل يرجع إلى أن ركناً من أركان المسئولية التقصيرية لم يقم وهو ركن الضرر . كذلك يتقيد القاضي المدني بما أثبته الحكم الجنائي من الخطأ ، لا في ركنه المادي فحسب ، بل أيضاً في ركنه المعنوي . فإذا قال الحكم الجنائي إن المتهم صدر منه خطأ هو مسئول عنه ، لم يجز للقاضي أن ينفي المسئولية المدنية بدعوى الإكراه أو عدم التمييز أو نحو ذلك . أما بيان جسامة الخطأ في الحكم الجنائي فيقيد القاضي المدني أو لا يقيده وفقاً لما إذا كانت هذه الجسامة ضرورية لقيام الحكم الجنائي أو غير ضرورية . فإذا وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه عمد أو غير عمد، فإن القاضي المدني يتقيد بهذا الوصف ، لأن وصف الخطأ الجنائي بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر في وصف الجريمة ذاتها . وإذا وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه جسيم أو يسير ، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر في الحكم الجنائي وإن أثر في تقدير العقوبة، فلا يتقيد به القاضي المدني ، لأن الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية ليس هو حتما الخطأ الجسيم من الناحية المدنية .

أما ركن السببية ، فإن أثبت الحكم الجنائي أنه موجود أو غير موجود ، فكأنما أثبت أن الضرر قائم أو غير قائم . ويكون الأمر أمر حكم جنائي أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه ، وقد مر بنا تفصيل ذلك . وإذا أثبت الحكم الجنائي أن هناك سبباً أجنبياً ينفي رابطة السببية، فكأنما أثبت أن الضرر غير قائم . ولكن إذا جعل الحكم الجنائي هذا السبب الأجنبي داعيا لتقسيم التعويض بين المسئول والمصاب والغير ، وفقاً للقواعد التي مر ذكرها ، لم يكن القاضي المدني مقيداً بهذا التقسيم ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي [1] .

---

(١) لذلك لا يتقيد القاضي المدني بالحكم الجنائي الذي ينفي الخطأ الجنائي ويقضي بالبراءة ، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدني دون أن يوجد خطأ جنائي ، وسيأتي ذكر ذلك .

(1) مفاد المادة ٤٥٦ من قانون الاجراءات الجنائية والمادة ١٠٢ من قانون الاثبات أن الحكم الصادر في المواد الجنائية يكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية كلما كان قد فصل فصلا لازما في وقوع الفعل المكون للاساس المشترك بين الدعوتين الجنائية والمدنية وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله ، فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور فانه يمتنع على المحاكم المدنية أن تعيد

٢ – حكم جنائي بالبراءة : كذلك إذا صدر حكم جنائي ببراءة المتهم ، فإن ما ورد في هذا الحكم مما يعد ضرورياً لقيامه يقيد القاضي المدني . ولا يتقيد هذا بما ورد في الحكم الجنائي إذا لم يكن ضروريا [1] . فإذا أثبت الحكم القاضي بالبراءة وجود الضرر وطبيعته ومداه ولكنه برأ المتهم ، فإن ما ورد فيه عن وجود الضرر وعن طبيعته ومقداره لا يقيد القاضي المدني ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي بالبراءة . وإذا أنكر الحكم الجنائي وقوع الضرر، فليس هذا مؤثراً في قيامه ، لأن الجريمة قد تتم دون أن يقع ضرر ، فلا يتقيد القاضي المدني بذلك . على أن قد يكون وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، كجريمة القتل بإهمال أو الضرب الذي أفضى إلى الموت ، فإذا أنكر الحكم الجنائي القاضي بالبراءة أن القتل قد وقع أو أن الضرب أفضى إلى الموت ، فإن هذا يقيد القاضي المدني .

وإذا أثبت الحكم الجنائي القاضي بالبراءة عدم وقوع الخطأ أو وقوعه ، في أحد ركنيه المادي أو المعنوي أو في ركنيه جميعاً ، فإن القاضي المدني يتقيد بما ورد من ذلك في الحكم الجنائي . فإذا قال هذا الحكم أن المتهم لم يرتكب الخطأ المنسوب إليه أو أن الخطأ وقع منه في ماديته ولكنه غير مسئول عنه لأنه عديم التمييز أو لأنه أكره عليه أو لأنه كان يدافع عن نفسه ، ففي كل هذه الأحوال يتقيد القاضي المدني بما أثبته الحكم الجنائي ، ولا يستطيع أن يقول إن المتهم ارتكب الخطأ وهو مسئول عنه لأنه مميز أو لأنه لم يكره أو لأنه لم يكن في حالة دفاع شرعي [1] . ولكن ذلك لا يعني أن القاضي المدني يتقيد بالتكييف

= بحثها ويتعين عليها أن تعتبرها وتلتزمها في بحث الحقوق المدنيةالمتصلة بها لكي لا يكون حكمها مخالفا للحكم الجنائي السابق له .

(جلسة ١٩٩٣/١/٣١ الطعن ٦٥٦ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٤ الطعن ٢٢٤٧ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ الطعن ٤٢٠١ لسنة ٥٠ ق)

(1) الحكم الجنائي الصادر بالبراءة على سند من ان الفعل غير معاقب عليه لانتفاء القصد الجنائي أو لسبب أخر . لا يجوز قوة الشيء المحكوم في امام المحاكم المدنية ولا يمنعها من البحث فيما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة يصلح أساسا للمطالبة المدنية .

(جلسة ١٩٩٢/٢/١٣ الطعن ٢٣١٥ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٨٥/٥/١٨ الطعن ٩٩٣ لسنة ٥١ ق)

(١) وكذلك إذا قضى الحكم الجنائي بالإدانة وقال إن المتهم ارتكب الخطأ المنسوب إليه وإنه مسئول، فلا يستطيع القاضي المدني أن يقول إنه لم يرتكب الخطأ أو إنه ارتكبه ولكنه غير مسئول عنه .

هذا وتختلف الحالة التي نحن بصددها عن حالة ما إذا رفعت الدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية ، وقضي بالبراءة في الدعوى الجنائية وبرفض طلب التعويض في الدعوى المدنية، واستؤنف الحكم المدني دون الحكم الجنائي . فقد قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٣ في الهامش) أنه لا يجوز أن يقال أن الحكم الجنائي قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدني فيجب أن يتقيد هذا بذاك . فالحكم المدني في هذه الحالة قد يقضي بالتعويض مع قيام البراءة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى =

الجنائى للوقائع التى أثبتها الحكم الجنائى . فقد يرى القاضي الجنائى أن المتهم غير مدان لأنه لم يثبت فى جانبه خطأ جنائى يجعله مسئولا عن القتل بإهمال وهى الجريمة التى نسبت إليه ، ولكن القاضى المدنى قد يحكم مع ذلك على المتهم بالتعويض لأنه مسئول عن خطأ مدنى مفروض فى جانبه (١)(1) .

= بأنه إذا رفع المدعى المدنى دعواه مباشرة ضد المتهم لقذفه إياه علنا ، طالباً عقابه والحكم عليه بتعويض، ثم قضت المحكمة ببراءة المتهم ورفض دعوى التعويض ، فاستأنف المدعى ولم تستأنف النيابة، فأيد الحكم استئنافياً ، فطعن بطريق النقض، فنقض الحكم ، ثم أعيدت المحاكمة ، فقضى على المتهم بالتعويض عملا بالمادتين ١٥٠ و ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، فلا يصح على المتهم أن ينعى على المحكمة أنها فى حكمها قد تعرضت لإثبات واقعة القذف ولا أنها أقامت التعويض على تينك المادتين المذكورتين ، وذلك (أولا) لأن المحكمة لها بل عليها أن تتعرض لإثبات تلك الواقعة ما دامت تفصل فى طلب التعويض عن الضرر المدعى حصوله منها ، ولا يمكن أن يحول دون ذلك عدم إمكان الحكم لأى سبب من الأسباب بالعقوبة على المتهم ما دامت الدعويان المدنية والجنائية كانتا مرفوعتين معاً أمام المحكمة الجنائية ، وما دام المدعى بالحق المدنى قد استمر فى السير فى دعواه المدنية ، مما لا يصح معه القول بأن الحكم فى الدعوى الجنائية بسبب عدم الطعن فيه من النيابة العمومية قد حاز قوة الشئ المحكوم فيه بالنسبة إليه ، (وثانياً) لأن أساس التعويض عن كل فعل ضار هو المادتان ١٥٠ و ١٥١ مدنى (قديم) ولو كان الفعل الضار يكوّن جريمة بمقتضى قانون العقوبات (نقض جنائى فى ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢١٣ ص ٥١٦) .

(1) أ – الحكم الصادر فى قضية الجنحة ببراءة المتهم من تهمة القتل الخطأ لانتفاء الخطأ فى جانبه تأسيساً على أن تلف الفرامل المفاجئ الذى أسهمت فى حدوثه زيادة حمولة السيارة عن العدد المقرر ودخول السيارة منحدر يعتبر أمرا خارجا عن ارادة المتهم ويعتبر سببا أجنبيا للحادث لا يحول دون مطالبة الطاعن بالتعويض امام المحكمة المدنية باعتبارها حارسة للسيارة ذلك أن مسئولية حارس الشئ عملا بنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى تقوم على أساسه خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ومن لم فان هذه المسئولية لا تدرأ عن الحارس باثبات أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية والحيطة حتى لا يقع الضرر من الشئ الذى فى حراسته ، وانما ترتفع هذه المسئولية إذا اثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه بأن يكون الفعل خارجا عن الشئ فلا يكون متصلا بداخليته أو تكوينه ، فإذا كان الضرر راجعا إلى عيب فى الشئ فأنه لا يعتبر ناشئا عن سبب أجنبى ولو كان هذا العيب ضمنيا .

(جلسة ١٩٨٨/٢/١٨ الطعن ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق س ٣٩ ص ٢٧٠)

(جلسة ١٩٩٥/٣/٢٦ الطعن ٢٧٣٩ لسنة ٦٠ ق س ٤٦ ص ٥٣٣ ع)

ب – القضاء بالبراءة لعدم العقاب على واقعة القبض بدون وجه حق لا يؤدى حتما إلى انتفاء المسئولية المدنية ولا يمنع من أن تكون نفس هذه الواقعة فعلا خاطئا ضار يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر .

(جلسة جنائى ١٩٥٦/٤/١٧ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم السنة ٥٦ ص ٥)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتهم شخص بأنه أجرى إنشاء سور خشبى خارج عن خط التنظيم وداخل فى الملك العام ، وقضت المحكمة ببراءته قائلة إنه لم يثبت لها من محضر المخالفة ولا من جواب البلدية أن الأرض موضوع المخالفة قد صار نزع ملكيتها فعلا حتى يمكن أن تعتبر من المنافع العامة وأن المتهم قدم صورة عقد ملكية مسجل ألخ ، وأنه إذا كان الركن الأساسى للجريمة فى تلك المخالفة هو كون السور خارجاً عن خط التنظيم وداخلا فى الملك العام ، ولم يثبت للمحكمة إن الأرض التى أقيم فيها السور من المنافع العامة فيكون ركن الجريمة هذا غير متحقق ويتعين إذن تبرئة المتهم من المخالفة دون حاجة إلى الفصل فى مسألة ملكية شخص معين بالذات لتلك الأرض – إذا كان ذلك كذلك فإن كل ما يقيده حكم البراءة هذا ويصح الاحتجاج به فى صدده إنما هو أن الأرض موضوع النزاع لم =

وإذا أثبت الحكم الجنائى القاضى بالبراءة وجود السببية أو انعدامها ، فكأنما أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه ، فتتبع الأحكام التى قدمناها فى هذه المسألة . وكذلك إذا أثبت الحكم الجنائى وجود سبب أجنبى ينفى السببية فكأنما أثبت عدم قيام الضرر . ولكن إذا أثبت أن السبب الأجنبى من شأنه أن يقسم التعويض ما بين المسئول والمصاب والغير . فهذا التقسيم، وهو غير ضرورى لقيام الحكم الجنائى ، لا يقيد القاضى المدنى .

المطلب الرابع

الحكم الصادر فى دعوى المسئولية وطرق الطعن فيه (وبخاصة طريق الطعن بالنقض)

٦٣٥ – **مسألتان** : بعد أن حددنا طرفى الخصومة فى دعوى المسئولية، والطلبات التى يتقدم بها المدعى والدفوع التى يرد بها المدعى عليه الدعوى ، وكيف تثبت هذه الطلبات والدفوع ، بقى أن نتكلم فى الحكم الذى يصدر فى الدعوى لنرى : (١) ما هى طرق الطعن التى توجه إليه (٢) وما هى الآثار التى تترتب عليه .

١ – طرق الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى المسئولية

٦٣٦ – **طرق الطعن بوجه عام** : لا يختلف الحكم الصادر فى دعوى المسئولية عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . فهو إذا صدر غيابياً يقبل الطعن فيه بطريق المعارضة. وإذا صدر من محكمة الدرجة الأولى يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف .

أما طرق الطعن غير العادية فهى النقض والتماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذى يتعدى إليه الحكم . ولا كلام فى الطريقين الأخيرين ، إذ تطبق فى شأنهما الأحكام المعروفة فى قانون المرافعات .

٦٣٧ – **الطعن بطريق النقض** : وكذلك الطعن بطريق النقض ، فإنه هو أيضا تتبع فى شأنه أحكامه المعروفة . ومن هذه الأحكام أنه لا يجوز لأول مرة أمام محكمة النقض أن تقدم

= تكن فى يوم المخالفة من المنافع العامة . وإذن فإذا ما طرح النزاع فى شأن ملكية هذه الأرض بعد ذلك على المحكمة المدنية ، وحكمت بالملكية لغير المخالف المحكوم ببراءته ، فإنه لا يمكن القول بأن حكمها هذا يكون مناقضاً لحكم البراءة فى المخالفة (نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٠ ص ٥١٣) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الجنائى الصادر بتبرئة المتهم بإخفاء أشياء مسروقة لا يمنع من الحكم عليه بتعويض للمجنى عليه فى جريمة السرقة، إذا كان المخفى قد ارتكب فى القليل إهمالا بقبوله بضاعة من شخص لا يتجر فى مثلها دون أن يستعلم منه عن مصدر هذه البضاعة (استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٥٦ – أنظر أيضاً فى أن الحكم الجنائى بالبراءة لا يقيد القضاء المدنى فى الحكم بالتعويض: استئناف مختلط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٦٧ – وفى ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٢٩) . هذا وإذا تماثل الخطأ الجنائى والخطأ المدنى، كانت تبرئة المتهم من الخطأ الجنائى مانعه من الحكم عليه بالتعويض . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم الجنائى ببراءة مالك العقار الذى كان متهماً بأنه مع علمه بوجود خلل فى البلكون لم يرممه وتسبب بذلك فى إصابه أحد السكان، وكان سبب البراءة هو عدم وقع خطأ من جانبه إذ هو كان قد قام بإصلاح البلكون =

لا طلبات جديدة (domandes nouvelles) ولا وسائل جديدة (moynes nouveaux) ، بخلاف محكمة الاستئناف فيجوز أن تقدم إليها الوسائل الجديدة دون الطلبات ، ومن ثم لا يجوز الإستناد لأول مرة أمام محكمة النقض على الخطأ التقصيرى المفترض أو لخطأ العقدى، إذا كان المدعى قد استند أمام محكمة الموضوع على الخطأ التقصيرى الثابت . ويجوز ذلك أمام محكمة الاستئناف ، على خلاف فى الرأى بيناه فيما تقدم [1].

بقى أن نجمل هنا – وكنا قد أشرنا إلى ذلك فى أماكن متفرقة – ما هو الواقع الذى لا يجوز لمحكمة النقض أن تعقب عليه وما هو القانون الذى يخضع لرقابتها فى شأن أركان المسئولية الثلاثة : الخطأ والضرر والسببية .

١ – **الخطأ** : لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التى يقدمها المدعى لإثبات ركن الخطأ ، وما صح منها وقوعه وما لم يصح. أما التكييف القانونى لما صح وقوعه عند محكمة الموضوع ، وهل هذه الوقائع يصح أن توصف بأنها خطأ [2] ، وهل هذا الخطأ تقصيرى أو عقدى ، وإذا كان تقصيرياً هل هو عمد أو جسيم أو يسير ، وهل يكفى أن يكون مفترضاً أو يجب إثباته ، وهل إذا كان مفترضا يجوز

=فعلا، فإن هذا الحكم يمنع القاضى المدنى من أن يستمع إلى الادعاء بوقوع الخطأ الذى قضى بانتفائه (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص٢٥– ويلاحظ أن الحكم الجنائى هنا إذا منع الحكم بالتعويض عن خطأ كان لابد من إثباته فى جانب مالك البناء وفقاً للقانون المدنى القديم، فإنه لا يمنع الحكم بالتعويض عن خطأ مفروض فى جانب مالك البناء وفقاً للمادة ١٧٧ من القانون المدنى الجديد) . أنظر فى هذا الموضوع تعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص١٩٦– ص٢٤٩ .

(١) أنظر آنفا فقرة ٦٢٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف وقائع التقصير الثابتة بأنها خطأ يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٧ ص ٢١٤) . وقضت أيضا بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعلة، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض . فإذا قضى حكم على وزارة الداخلية بالتعويض لورثة شخص سقطت عليه مئذنة جامع فقتلته ، مستندا إلى وقوع خطأ من جانب أحد الأقسام فى تنفيذ إشارة مهندس التنظيم المبلغة لهذا القسم لمنع المرور أمام ذلك الجامع خشية من سقوط مئذنته لوجود خلل بها، إذ القسم لم يغلق الحوانيت المقابلة للمسجد ولو بمنع المرور من الشارع منعاً كلياً، وكانت إشارة المهندس غير مطلوب فيها إغلاق الحوانيت ولا منصوص فيها على منع المرور من الشارع منعاً كلياً ، وثبت أن البوليس قام بتنفيذ ما طلب منه فى حدود نص الإشارة وفى حدود المعقول ، فالقضاء بالتعويض استناداً إلى وقوع خطأ من البوليس مخالف للقانون (نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٨ ص ٣٠٠ – ونلاحظ أنه إذا كان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع فى تكييفها الأعمال الصادرة من المدعى عليه بأنها خطأ ، فهى فى ذلك تلتزم تطبيق معيار الخطأ . وإذا صح أن البوليس لم يخطئ إذ قام بتنفيذ ما طلب منه فى حدود نص الإشارة وفى حدود المعقول ، أى أنه لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى فى الظروف الخارجية التى وجد فيها ، فمهندس التنظيم قد أخطأ بعدم النص فى الإشارة على اتخاذ جميع التدابير اللازمة للوقاية من سقوط المئذنة ، فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى، وتكون الحكومة على كل حال مسئولة عن خطأ مهندس التنظيم) .

إثبات العكس أو لا يجوز ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض [1]. كذلك تعتبر مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ما إذا كان الركن المعنوى متوافراً فى الخطأ ، وهل انعدام التمييز من شأنه ألا يجعل الخطأ قائماً ، وهل قامت أسباب من شأنها أن تعدم الخطأ كالدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وقيام حالة الضرورة ، ومتى يكون الشخص المعنوى مسئولا عن الخطأ ، وفى أى الأحوال يوجد التعسف فى استعمال الحق . ويمكن القول بوجه عام إن جميع مسائل الخطأ تخضع لرقابة محكمة النقض إلا ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية فى هذا الشأن [1].

---

(1) أ – استخلاص الفعل المؤسس عليه طلب التعويض من سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصا سائغا تكييف الفعل بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩ الطعن ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق السنة ٤٨ ص ١٠٢٥ ع ٢)

(جلسة ١٩٦٧/١١/١٦ الطعن ٢٤١ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ١٦٩٩)

ب – إذ كان الثابت أن الضرر الذى لحق بأجوله الدقيق موضوع التداعى قد نجم عن اندفاع المياه على رصيف الميناء من ماسورة عادم الباخرة ، وكان هذا التصرف من ربانها يعتبر انحرافا عن السلوك المألوف وعن السلوك الواجب اتباعه قانونا. فان الحكم إذ نفى الخطأ عما وقع من ربان الباخرة يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(جلسة ١٩٧٨/٣/٦ الطعن ٥٨٢ لسنة ٤٣ ق س ٢٩ ص ٦٨٦)

جـ – استخلاص الخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه لمحكمة النقض فيه إلا بالقدر الذى يكون استخلاصه غير سائغ .

(جلسة ١٩٩٥/٣/١٥ الطعن ١٤٣٨ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٦ ص ٤٨٣ ع ١)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠ الطعن ٩٣٣ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ص ٢١٧٥)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ الطعن ١٥٢٧ لسنة ٤٨ ق س ٣٠ ص ٣٣٧)

(جلسة ١٩٩٥/١١/٢٣ الطعن ٢٨٤٥ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٦ ص ١٢١٩)

(١) ويجب أن تستخلص المحكمة الخطأ من وقائع ثابتة منتجة تذكرها فى الحكم ، وإلا كان حكمها باطلا لقصور أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب على المحكمة عند القضاء بتعويض بعدى ترتبه على إجراءات كيدية ضارة أن تثبت فى حكمها أركان الخطأ المستوجب للتعويض تطبيقاً للمادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، وإلا كان حكمها باطلا لقصور أسبابه (نقض مدنى فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٦ ص ١١١٩) . وقضت أيضا بأنه متى أثبت الحكم الأفعال التى صدرت من شخص ما (فرداً كان أو شخصاً معنويا) واعتبرها متصلة بعضها ببعض اتصال الأسباب بالنتائج ، ثم وصف هذه الأفعال بأنها أفعال خاطئة قد ألحقت ضرراً بشخص ما ، واعتبر من صدرت منه تلك الأفعال مسئولا عن الضرر الذى نشأ عنها ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون . وإذن فإذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطأها فى سحبها من متجر بالآثار رخصته ، وما ترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته الخ . وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من الأضرار ، فقضاؤه بذلك صحيح قانوناً (نقض مدنى فى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٥ ص ١٠٩١ وقد سبقت الإشارة =

٢ – الضرر : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الضرر . فإذ قررت أن المدعى قد كسر له ضلع أو أن سيارته قد تلفت أو أن منزله قد حرق ، فلا تعقيب لمحكمة النقض على صحة هذه الوقائع فى ذاتها [١] . أما تكييفها القانوني، وهل تكفى لتكوين ركن الضرر ، وهل هذا الضرر محقق أو محتمل ، وهل هو ضرر مباشر أو غير مباشر ، وما هو الضرر الأدبى ، وهل يجب تعويضه ، كل هذه من مسائل القانون [1] . وتقدير الضرر ، وتعيين طريقة تعويضه ، وتحديد المبلغ اللازم للتعويض إذا كان التعويض نقداً ، كل هذه من مسائل الواقع لا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن تقسيم التعويض بالنسبة التي يوجبها القانون على المسئول والمضرور والغير مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض [٢] .

= إلى هذا الحكم) . وقضت كذلك بأنه إذا انتحل الحكم للحادث الضار سبباً تقصيرياً لا يمكن استخلاصه عقلا من عناصر التحقيق التى كانت أمام المحكمة ، فيتعين نقضه (نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠ ؛ وقد جاء فى أسباب الحكم ما يأتي : وحيث إن قول الحكم المطعون فيه إن الفعل الضار في هذه الدعوى هو انفلات سير البريمة فى آلة بخارية عن موضعه بحركة عنيفة فجائية ، وأن هذا الانفلات العنف الفجائى لا يكون إلا إذا كانت الآلة مختلة وكان السبب فى اختلالها تقصير صاحبها في صيانتها هو قول لا مصدر له فى محضر ضبط الواقعة، إذا لم يرد به فى أى موضع منه أن السير انفلت أصلا بعنف أو بغير عنف ، وأن علة انفلاته هي الخلل، بل الذى جاء به لايمكن أن يستخلص العقل منه ما استخلصه الحكم المطعون فيه ... وأقصى ما يصح استنتاجه عقلا .... أن سير الغربال لم يكن فى موضعه الطبيعي ، وأن المتوفى حاول رده إلى موضعه، فصعد السلم بغير أن يوقف الآلات ، فأصيب ... كل ذلك جاء دالا على ألا انفلات لسير البريمة ولا محل للظن بأن هناك انفلاتاً ، ولا أن علة هذا الانفلات هى الخلل فى الآلات. ونرى محكمة النقض فى هذا الحكم تتشدد كثيراً فى استخلاص الخطأ من الوقائع الثابتة) .

(١) ولكن يجب أن يذكر الحكم ما هو الضرر الذى أصاب المدعى ، وإلا اعتبر التسبيب قاصراً. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم بتعويض على شخص لعدم تقديمه عقد إجارة مودعا لديه إلى شريكه فى الإجارة ، دون أن يبين وجه الضرر الذى لحق بالمحكوم له بالتعويض ، مع نفى المحكوم عليه لحوق أى ضرر به ، اعتبر هذا الحكم غير مسبب فيما أوجبه من التعويض وتعين نقضه (نقض مدنى فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٥ ص ١٥٨) .

(1) استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ما دام الدليل الذى أخذ به فى حكمه مقبول قانونا ، وأن استخلاص الخطأ وعلاقة السببية والضرر هو ما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغا ومستمدا من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى .

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن ١٣١٨ لسنة ٤٨ س ٣٤ ص ١٩٥٢)

(جلسة ١٩٨٦/٤/٣٠ الطعن ٤٤٨ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٨ الطعن ٧٩١ لسنة ٥٧ ق)

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لرأى محكمة الموضوع ، فهى إذ تقدر تعويض الضرر المترتب على دفاع كيدى ، وتبين كيفية تقديرها له ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض، ما دامت قد اعتمدت فى ذلك على أساس معقول (نقض مدنى فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ =

٣ – السببية : ولا معقب على محكمة الموضوع فيما تسجله من الوقائع التى يستفاد منها قيام علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر [١] . أما تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية . وهل هى كافية لإيجاد علاقة السببية ، وما هو السبب الأجنبى الذى تنتفى معه هذه العلاقة ، وما هى الشروط الواجب توافرها فى القوة القاهرة والحادث المفاجيء، وهل هناك فرق ما بين السببين ، وما الأثر الذى يترتب على فعل المضرور وفعل الغير فى تحديد مسئولية المدعى عليه ، وما الحكم إذا تعددت الأسباب ، وماذا يترتب على تعاقب الأضرار، فكل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض [1] .

خلاصة ما تقدم : ويمكن القول بوجه عام إن ما تسجله محكمة الموضوع من

= مجموعة عمر ٢ رقم ١٢ ص ٢٨) . وقضت بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التى تقدرها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتعهد بتوريد الأغذية لأحد الملاجئ هو «أمر خطير فيه تعريض لصحة اللاجئات فضلا عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكول إليه حمايتهن والمحافظة على سلامتهن» ، ثم رأت أن التعويض المشروط فى عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بإلزام المتعهد به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) . وقضت أيضا بأنه متى كانت المحكمة قد قدرت التعويض على أساس ما أثبتته على المحكوم عليه من الخطأ فى عدوله عن الصفقة التى كان المزاد فيها قد رسا عليه ، وماأثبتته على المحكوم له ذاته من تباطؤ وتراخ فى إبلاغ رسو المزاد فى الوقت المناسب إلى الراسى عليه ، وما كانت عليه الأسعار من تقلبات فى الفترة ما بين المزاد الأول والمزاد الثانى الذى كان طلب التعويض على أساس نقص الثمن فيه ، فإنها تكون قد بينت أساس التعويض المقضى به، وهذا يكفى لسلامة الحكم . أما قيمة التعويض فمتروكة لسلطة المحكمة تقدرها على وفق ما تراه (نقض مدنى فى ٤ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٠ ص ٤٧٣). وقضت كذلك بأن التعويض يقدر بقدر الضرر ، ولئن كان هذا التقدير من المسائل الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ، فإن تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والتى يجب أن تدخل فى حساب التعويض من المسائل القانونية التى تهيمن عليها محكمة النقض ، لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانونى للواقع (نقض مدنى فى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القول بقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من المسائل المتعلقة بالواقع . فلا يخضع قاضى الموضوع فى فهمه له لرقابة محكمة النقض ، إلا أن يشوب تسبيبه عيب (نقض مدنى فى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) .

(1) أن استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع دون رقابة علية فى ذلك من محكمة النقض متى كا ن استخلاصه لها سائغا .

(جلسة ١٩٩٥/٥/٢١ الطعن ٥٠٨ لسنة ٥٧ ق س ٤٦ ص ٧٩١)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ الطعن ٦١٦ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ص ١٩٧٨)

(جلسة ١٩٨١/٣/٤ الطعن ١٤٤٣ لسنة ٤٧ ق س ٣٢ ص ٧٥٥)

(جلسة ١٩٨٢/١/٢١ الطعن ٥١٦ لسنة ٤٨ ق س ٣٣ ص ١٦٠)

وقائع مادية فى شأن الأركان الثلاثة للمسئولية ، من خطأ وضرر وسببية ، لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانونى لهذه الوقائع ، ويدخل فى ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فذلك يدخل فى المسائل القانونية التى تخضع لرقابة المحكمة العليا .

٢ – الآثار التى تترتب على الحكم الصادر فى دعوى المسئولية

٦٣٨ – الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض – نشوء الحق فى التعويض منذ وقوع الضرر : مصدر الحق فى التعويض ليس هو الحكم الصادر فى دعوى المسئولية . فالحكم ليس إلا مقرراً لهذا الحق ، لا منشئاً له . وحق المضرور فى التعويض إنما نشأ من العمل غير المشروع الذى أتاه المسئول ، فرتب فى ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسئولية الثلاثة ، وإذا أردنا التحديد فمن وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ ، فإن الضرر إذا تراخى عن الخطأ لم تتوافر أركان المسئولية إلا بوقوعه ، ومن هذا الوقت لا قبله تتحقق المسئولية فى ذمة المسئول ويترتب حق المضرور فى التعويض [(١)] .

ونشوء الحق فى التعويض وقت وقوع الضرر لا وقت صدور الحكم له أهمية عملية من وجوه كثيرة ، نذكر منها الوجوه الآتية :

أولا – يجوز للمضرور أن يتصرف فى حقه ، أو أن يتصرف بمقتضى هذا الحق ، من وقت وقوع الضرر ، ولا حاجة به إلى انتظار الحكم . فله من وقت وقوع الضرر أن يحول حقه إلى الغير ، وأن يوقع حجزاً تحت يد مدين المسئول ، ولو أفلس المسئول حتى قبل صدور الحكم دخل المضرور فى التفليسة ، وإذا كان المسئول مؤمناً على مسئوليته كان للمضرور حق الرجوع على شركة التأمين حتى لوجد ما بين وقوع الضرر وصدور الحكم ما يستوجب سقوط الحق فى التأمين .

ثانياً – يسرى التقادم فى دعوى المسئولية ، لا من وقت صدور الحكم ، بل من وقت

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : استئناف مختلط فى ١٠ مارس سنة ١٩٠٩م ٢١ ص ٢٤٦ ، وفى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨ . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بترتيب الحق فى التعويض من وقت الحكم (أنظر فى هذا القضاء وفى نقده مازو ٣ فقرة ٢٢٥٣ – فقرة ٢٢٦٠ – وانظر فى المعنى أيضا من أن الحق فى التعويض لا ينشأ إلا من وقت الحكم النهائى محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٧ ص ٢٠٦) .

هذا وقد ينشأ الحق فى التعويض قبل وقوع الضرر ، وذلك فى حالة ما إذا كان هذا الضرر مستقبلا ولكنه محقق . فقد رأينا فيما قدمناه أن الحق فى التعويض ينشأ منذ وقوع الخطأ عن ضرر مستقبل محقق الوقوع .

وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر وبالمسئول عنه على التفصيل الذى قدمناه [(1)] .

ثالثاً : للمضرور ، إلى جانب التعويض الأصلى ، تعويض عن التأخير يسرى من وقت وقوع الضرر . ولا يتوقف هذا الحق على الإعذار لأن الإعذار لا ضرورة له إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ولا يتوقف على صدور الحكم لأن الحق فى التعويض الأصلى قد نشأ من وقت وقوع الضرر . ولكن لما كان التعويض الأصلى قبل صدور الحكم غير معلوم المقدار ، فهناك رأى يذهب إلى أنه لا يمكن تطبيق أحكام الفوائد القانونية، فإن تطبيق هذه الأحكام يقتضى أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . فلم يبق إذن إلا تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن القاضى لا يحكم بتعويض عن التأخير إلا إذا طلب المضرور ذلك وأثبت الضرر الذى أصابه من التأخير . ومهما يكن من أمر فإن الذى يقع فى الغالب أن القاضى يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر ، ويدخل فى تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلى الناشئ عن خطأ المسئول ، والضرر الناشئ عن التأخير فى دفع التعويض إلى يوم النطق بالحكم . فيجمع التعويض فى مبلغ واحد [(١)(2)] .

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ – وفى ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ – وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ – قارن استئناف مختلط فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٧٣ .

هذا ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة . وقد يطلب المضرور فى الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلى ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت صدور الحكم فى الدعوى الأصلية ، ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير .

(1) تتقادم دعوى المسئولية عن العمل الشخصى ودعوى المسئولية عن الأشياء بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول قانونا عنه . ولا يؤثر فى ذلك كون المسئولية الأولى تقوم على خطأ ثابت وكون الثانية تقوم على خطأ مفترض لا يقبل اثبات العكس إذ ان كليهما مصدرة الفعل غير المشروع .

(جلسة ١٩٦٤/١١/٥ الطعن ٧ لسنة ٣٠ ق س ١٥ ص ١٠٠٧ ع ٣)

(جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ ص ١١٦٠)

(جلسة ١٩٧٨/٦/١٥ الطعن ٨٤٦ لسنة ٤٥ق)

(2) أ – لا يسوغ المطالبة بفوائد تأخيرية عن مبلغ التعويض المحكوم به عن العمل غير المشروع إلا من تاريخ صدور الحكم النهائى بالتعويض باعتبار أنه التاريخ الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار طبقا لنص المادة ٢٢٦ مدنى .

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١٠٨٢)

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ٥١١)

=

٦٣٩ – الحكم يقوم الحق فى التعويض ويقويه : وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض ، إلا أن له منذ صدوره أثراً محسوساً فى هذا الحق . فقد كان الحق . فقد كان الحق قبل صدور الحكم حقاً غير مقوم ، فأصبح بالحكم مقوماً ، ويغلب أن يقدر بمبلغ معين من النقود .

ولا يقتصر الحكم على تقويم الحق ، بل هو أيضاً يقويه من الوجوه الآتية : (١) يصبح الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ من القانون المدنى الجديد على أنه «إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ... كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة» . (٢) يجوز للمضرور ، وقد أصبح بيده حكم واجب التنفيذ ، أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات . (٣) يكون الحق فى التعويض بعد صدور الحكم النهائى قابلا للتنفيذ به على أموال المدين .

المبحث الثانى
جزاء المسئولية (*)
(التعويض)

٦٤٠ – صورتان للتعويض : جزاء المسئولية هو التعويض ، وهذا الجزاء أما أن يقوم فى صورته العادية المألوفة ، وإما أن تعتوره ملابسات وأوصاف فتخرجه إلى صورة معدلة .

ونستعرض كلا من هاتين الصورتين .

= ب - لما كان اساس المطالبة بالتعويض عما فات المطعون ضده من كسب جبرا للضرر الذى اصابه نتيجة اخلال الطاعنة بالتزامها التعاقدى يختلف عن اساس المطالبة بالفوائد القانونية عن هذا التعويض بسبب تأخر الطاعنة عن الوفاء به فان الحكم المطعون فيه اذ قضى للمطعون ضده بالفوائد عن مبلغ التعويض المقضى به لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٦ الطعن ٣٩ لسنة ٤٥ ق)

(*) بعض المراجع : ليسيين ريبير (Lucienne Ripert) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ – ديبوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ – كوليار (Colliard) رسالة من إكس سنة ١٩٣٨ – جيفور (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ – الموجز للمؤلف فقرة ٣٣١ – فقرة ٣٣٢ – الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٣٢٣ – فقرة ٣٤٦ وفقرة ٣٥٧ – فقرة ٣٦١ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٤٥ – فقرة ٣٥٠ وفقرة ٤٧٠ – فقرة ٤٧٤ – الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ٥٥ – فقرة ٧٠ .

المطلب الأول
التعويض فى صورته العادية المألوفة

٦٤١ – طريقة التعويض وكيفية تقديره : نبحث أمرين : (١) كيف يعين القاضى طريقة التعويض (mode de réparation) (٢) وكيف يقدر القاضى مدى التعويض (évaluation des dommages-intérêts) .

١ – طريقة التعويض

٦٤٢ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٧١ من القانون الجديد على ما يأتى :

«١ – يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكن إيراداً مرتباً ، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً» .

«٢ – ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض»[1] .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض إيراداً مرتباً ، ويجوز فى هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأمينا . ٢ – ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المصاب ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين وذلك على سبيل التعويض» . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى فى الجزء الأخير منها على الوجه الآتى : «ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا» ، واستبدلت كلمة «المضرور» بكلمة «المصاب» فى الفقرة الثانية . وأصبح رقم المادة ١٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة «متصل بالعمل غير المشروع» للحد من إطلاق العبارة الأخيرة ما دام التطبيق العملى لهذا النص هو نشر الحكم أو الاعتذار من واقعة سب مثلا ، فيكون نطاق الحكم واضحاً غير مجهل . وأصبح رقم المادة ١٧١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٥ – ص ٣٩٨) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «١ – ليست المسئولية التقصيرية بوجه عام سوى جزاء للخروج على التزام يفرضه القانون : هو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع . وإذا كان التنفيذ العينى هو الأصل فى المسئولية التعاقدية ، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ – وهو يقتضى إعادة الحال إلى ما كانت عليه كهدم حائط بنى بغير حق أو بالتعسف فى استعمال حق – إلا منزلة الاستثناء فى نطاق المسئولية التقصيرية . ٢ – فالتنفيذ بمقابل أى من طريق التعويض المالى هو القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية . والأصل فى التعويض أن يكون مبلغاً من المال . ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره ، فيكون مثلا إيراداً مرتباً يمنح لعامل تقعده حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده ، ويجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأمينا أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغى التمييز بين التعويض من طريق =

ويتبين من هذا النص أن الأصل فى التعويض أن يكون تعويضاً نقدياً . ذلك أن التعويض (réparation) بمعناه الواسع إما أن يكون تعويضاً عينياً وهذا هو التنفيذ العينى (exécution en nature) وإما أن يكون تعويضاً بمقابل (réparation par équivalent) والتعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً غير نقدى (réparation non-pécuniarie) أو تعويضا نقدياً (réparation pécuniaire).

٦٤٣ – التنفيذ العينى : التعويض العينى أو التنفيذ العينى هو الوفاء بالالتزام عيناً . ويقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية [١] . أما فى المسئولية التقصيرية فيمكن كذلك فى قليل من الفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العينى . ذلك أن المدين فى المسئولية التقصيرية قد أخل بالتزامه القانونى من عدم الإضرار بالغير دون حق . وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل تمكن إزالته ومحو أثره ، كما إذا بنى شخص حائطا فى ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تعسفاً منه ، ففى هذه الحالة يكون البانى مسئولا مسئولية تقصيرية نحو الجار بتعويض ما أحدثه من الضرر ، ويجوز هنا أن يكون التعويض عينياً بهدم الحائط على حساب البانى ، أو عن طريق التهديد المالى . وهذا ما قصد إليه القانون المدنى الجديد عند ما ينص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه «يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه» .

والقاضى ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العينى . ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان

= ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوت مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافى (أنظر المادة ٢٣٧ من المشروع) . هذا ويسوغ للقاضى فضلا عما تقدم أن يحكم فى أحوال استثنائية بأداء أمر معين على سبيل التعويض ، فيأمر مثلا بنشر الحكم بطريق اللصق على نفقة المحكوم عيه (أو يكتفى بأن ينوه فى الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر افتراء أو سبا : المادة ١٤٠٩ من التقنين الهولندى) لتعويض المقذوف فى حقه عن الضرر الأدبى الذى أصابه . وغنى عن البيان أن مثل هذا التعويض لا هو بالعينى ولا هو بالمالى ، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف فى بعض الصور» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٦ -- ص ٣٩٧) .

(١) فمن التزم بعقد أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل يتيسر فى كثير من الأحوال إجباره على تنفيذ التزامه . فالبائع ، وقد التزم بنقل ملكية المبيع ، يجبر على تنفيذ التزامه ، وتنتقل الملكية إلى المشترى بتسجيل عقد البيع ، فإن امتنع البائع عن التصديق على إمضائه أمكن استصدار حكم ضده بإثبات البيع ، وبتسجيل هذا الحكم تنتقل الملكية إلى المشترى . والمقاول الذى التزم ببناء منزل ، إذا امتنع عن تنفيذ التزامه ، أمكن أن يجبر على ذلك بأن يبنى الدائن المنزل على حسابه . ومن التزم بعقد ألا يفتح نافذة على جاره ، ففتحها ، أمكن إجباره على سدها ولو بمصروفات على حسابه. أما إذا كان العمل الذى التزم به المدين يقتضى تدخله الشخصى ، فيمكن الوصول إلى التنفيذ العينى عن طريق التهديد المالى المنصوص عليه فى المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من القانون المدنى -

ممكناً ، وطالب به الدائن ، أو تقدم به المدين [1] .

٦٤٤ – التعويض غير النقدى : وفى الكثرة الغالبة من الأحوال يتعذر التنفيذ العينى فى المسئولية التقصيرية . فلا يبقى أمام القاضى إلا أن يحكم بالتعويض . وليس من الضرورى أن يكون التعويض نقداً ، وإن كان هذا هو الغالب . فيجوز للقاضى أن يحكم بأن يدفع للدائن بسند أو بسهم تنتقل إليه ملكيته ويستولى على ريعه تعويضاً له عن الضرر الذى أصابه . كما يجوز للقاضى ، فى حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه، أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد ببنائه (أنظر م ٨٦٠ فقرة أولى) . وفى دعاوى السب والقذف يجوز للقاضى أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضى بإدانة المدعى عليه فى الصحف، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدى عن الضرر الأدبى الذى أصاب المدعى عليه [2] . وهذا ما عناه القانون المدنى الجديد عندما نص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه يجوز للقاضى «أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض» . بل أن الحكم بالمصروفات على المدعى عليه فى مثل هذه الأحوال ، والاقتصار على ذلك ، قد يعتبر تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبى الذى أصاب المدعى ، وهو تعويض غير نقدى لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذى يتضمنه .

٦٤٥ – التعويض النقدى : وهذا هو التعويض الذى يغلب الحكم به فى دعاوى المسئولية التقصيرية . فإن كل ضرر – حتى الضرر الأدبى – يمكن تقويمه بالنقد . ففى

---

(1) أ – التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل ولا يسار إلى عوضه أى التعويض النقدى، إلا إذا استحال التعويض عينا ، فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدى وعرض المدعى عليه التعويض عينا – كرد الشئ المغتصب – وجب قبول ما عرضه بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هى أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدى، وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ اجراءات نزع الملكية للمنافع العامة تقاضاها المالك مطالبا بقيمة العقار – وابدت الإدارة اثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة ، وقضت المحكمة بقيمة الأرض دون أن تعتبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جدية الاستعداد له، فان حكمها يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٤٨/١٢/١٦ الطعن ٧٤ لسنة ١٧ ق س ٢ ص ٢٥٩)

(جلسة جنائى ١٩٤٦/٤/٢٩ مجموعة القواعد القانونية الـ ٢٥ عاما ٩٨ – ١٣٠١)

ب – طلب التنفيذ العينى وطلب التنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ الالتزام . عدم امكان رد المال عينيا أو ارهاقه للمدين . اثره للقاضى الحكم بتعويض يراعى فى مقداره قيمة المال وقت الحكم وما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب .

(جلسة ٢٠٠١/٦/٢٤ الطعن ١٢٢٨ لسنة ٦٧ ق هيئة عامة) .

(2) تعويض الضرر الأدبى بنشر الحكم فى الصحف على نفقة المحكوم عليه من سلطة قاضى الدعوى التقديرية والمطلقة بما لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه .

(جلسة ١٩٦٧/٣/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٦٣٦)

جميع الأحوال التى يتعذر فيها التنفيذ العينى ، ولا يرى القاضى فيها سبيلا إلى تعويض غير نقدى ، يحكم بتعويض نقدى . والتعويض النقدى هو الأصل . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧١ من القانون المدنى الجديد على أنه «يقدر التعويض بالنقد» .

والأصل أيضاً أن يكون التعويض النقدى مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة . ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضى من الحكم ، تبعاً للظروف ، بتعويض نقدى مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة [1] . والفرق بين الصورتين أن التعويض المقسط يدفع على أقساط تحدد مدها ، ويعين عددها، ويتم استيفاء التعويض بدفع آخر قسط منها . أما الإيراد المرتب مدى الحياة ، فيدفع هو أيضاً على أقساط تحدد مددها ، ولكن لا يعرف عددها لأن الإيراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته . ويحكم القاضى بتعويض مقسط إذا رأى أن هذه هى الطريقة المناسبة للتعويض . ويتحقق ذلك مثلا إذا كان المدعى قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن ، فيقضى له بتعويض مقسط حين يبرأ من أصابته . ويحكم القاضى بإيراد مرتب مدى الحياة إذا كان العجز عن العمل – كلياً أو جزئياً – عجزاً دائماً، فيقضى للمضرور بإيراد يتقاضاه ما دام حياً ، تعويضاً له مما أصاب من الضرر بسبب هذا العجز الكلى أو الجزئى [1] . ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب، وكان الدين المترتب فى ذمته يبقى مدداً قد تطول ، فقد يرى القاضى أن يلزمه بتقديم تأمين . وهذا هو ما تقضى به الفقرة الأولى من ١٧١ من القانون المدنى الجديد، إذ تنص على أنه «يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً» . ولا هناك ما يمنع القاضى من أن يحكم على المسئول بدفع مبلغ من المال إلى شركة تأمين مثلا لتحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمضرور ، ويكون هذا بمثابة التأمين للدائن .

فإذا تعذر التنفيذ العينى والتعويض غير النقدى ، وتعين الحكم بتعويض نقدى ، ولم تستدع الظروف أن يكون هذا التعويض مقسطاً أو إيراداً مرتباً ، رجع القاضى إلى الأصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضرور دفعة واحدة .

---

(١) استئناف مختلط فى ١٤ يونية سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ – وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ – وفى ٥ يونية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٨ . وقد يعتبر التعويض المقسط إلى أن يبرأ المضرور من إصابته إيراداً مرتباً ، ولكن لا إلى مدى الحياة ، بل إلى حين البرء من الإصابة .

(١) يجوز أن يكون تعويض الضرر بتقرير مرتب مدى حياة المضرور إذا رؤى أن ذلك خير وسيلة لجبر الضرر دون مجازفة فى هذا التقدير أو حيث يلحق أحد الخصمين ويعتبر المبلغ المحكوم به فى هذه الحال تعويضاً يأخذ حكم التعويض ولا تسرى عليه القواعد المقررة للمعاش الذى يربط للموظف الذى انتهت خدمته .

(جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٥٥٤)

٢ – تقدير التعويض

٦٤٦ – النصوص القانونية : تنص المادة ١٧٠ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

«يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ ، مراعياً فى ذلك الظروف الملابسة . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير» [1] .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «يقرر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ ، مراعياً فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يحدد مدى التعويض تحديداً كافياً ، فله أن يحتفظ للمصاب بالحق فى أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر فى الحكم» . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات على النص تجعله أكثر تحقيقاً للمعنى المقصود ، فأصبح النص فى المشروع النهائى (المادة ١٧٤) على الوجه الآتى : «يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور لأحكام المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ ، مراعياً فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير» . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «مراعياً فى ذلك الظروف الملابسة» بعبارة «مراعياً فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ» لأن جسامة الخطأ تدخل فى عموم لفظ الظروف . ولما اعترض على النص بأن فى تطبيقه خروجاً على قاعدة حجية الأحكام إذ أنه يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطلب خلال مدة معينة إعادة النظر فى التقدير، أجيب على هذا الاعتراض بأنه إذا كان الحكم نهائياً انتهى الأمر ، وإنما إذا رأى القاضى أن الموقف غير جلى ، واحتفظ فى حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلى خلال مدة يعينها ، فلا يتنافى بذلك مع قاعدة حجية الأحكام . وأصبح رقم المادة ١٧٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٠ – ص ٣٩٥) .

ويقابل هذا النص فى القانون الجديد نص المادتين ١٧٩/١٢١ على الوجه الآتى : «التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب ، بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء» .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد نص القانون الجديد ما يأتى : «يحدد النص مدى الضرر الذى ينجم عن الفعل الضار . ويقدر التعويض ، وفقاً للقاعدة العامة فى المادة ٢٩٩ من المشروع (لا تقرأ المادة ٣٠٠) . ويكفى أن يشار فى هذا المقام إلى أن التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، متى كان ذلك نتيجة مألوفة للفعل الضار . وينبغى أن يعتد فى هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف . والواقع أن جسامة الخطأ لا يمكن الإغضاء عنها فى منطق المذهب الشخصى أو الذاتى . ولذلك تجرى التقنينات الحديثة على إقرار هذا المبدأ وتطبيقه فى أحوال شتى . فمن ذلك مثلا تفريق التقنين التونسى والمراكشى بين خطأ المدين وتدليسه فيما يتعلق بتقدير التعويض . وقد استظهر المادتان ٩٨/١٠٧ من هذين التقنينين حكم هذه التفرقة ، فنصتا على أنه يتعين على المحكمة أن تغاير فى تقدير التعويض تبعاً لما إذا كان أساس المسئولية خطأ المدين أو تدليسه. ويفرق التقنين البولونى كذلك بين التدليس =

والمادتان ٢٢١ و ٢٢٢ المشار إليهما في النص قد سبق إيرادهما ، ونعيد ذكرهما هنا زيادة في الإيضاح .

تنص المادة ٢٢١ على ما يأتي : «١ – إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . ٢ – ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد» .

وتنص المادة ٢٢٢ على ما يأتي : «١ – يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء . ٢ – ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب» .

٦٤٧ – مقياس التعويض الضرر المباشر : ويتبين من هذه النصوص أن التعويض مقياسه الضرر المباشر . فالتعويض في أية صورة كانت – تعويضاً عينياً أو بمقابل ، وتعويضاً نقدياً أو غير نقدي ، وتعويضاً مقسطاً أو إيراداً مرتباً أو رأس مال – يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ ، سواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً ، وسواء كان متوقعاً أو غير متوقع، وسواء كان حالا أو مستقبلا ما دام محققاً ، وقد تقدم ذكر هذا كله عند الكلام في ركن الضرر .

والضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور (damnum emergens) والكسب الذي فاته (lucrum cessans) . فهذا العنصران

=والخطأ الجسيم من ناحية وبين الخطأ اليسير من ناحية أخرى ، فيقرر في المادة ١٦٠ أنه «يعتد في تقدير الضرر المادي بقيمة الشيء وفقا للسعر الجاري ، فضلا عما له من قيمة خاصة لدى المضرور عند توافر سوء النية أو الإهمال الفاحش» . ويقضي تقنين الالتزامات السويسري بإنقاص التعويض عدالة إذا كان الخطأ يسيراً وكان موارد المدين محدودة ، فينص في الفقرة الثانية من المادة ٤٤ على أنه (إذا لم يكن الضرر ناشئاً من جراء فعل عمد أو إهمال جسيم أو رعونة بالغة ، فللقاضي أن ينقص التعويض عدالة متى كان استيفاؤه يعرض المدين لضيق الحال) . وقد لا يتيسر للقاضي أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً، كما هو الشأن مثلا في جرح لا تستبين عقباه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن ، فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقوتاً بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم ، على أن يعيد النظر في قضائه خلال فترة معقولة يتولى تحديدها . فإذا انقضى الأجل المحدد، أعاد النظر فيما حكم به ، وقضي للمضرور بتعويض إضافي إذا اقتضى الحال ذلك . وعلى هذا سار القضاء المصري» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٢ – ص ٣٩٣) .

هما اللذان يقومهما القاضي بالمال [1] . فلوأن شخصاً أتلف سيارة مملوكة لآخر ، وكان صاحب السيارة اشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين وألف ، فالألف هي الخسارة التي لحقت صاحب السيارة ، والمائتان هو الكسب الذي فاته. وكلاهما ضرر مباشر يجب التعويض عنه .

ولا يدخل في الحساب عند تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقعاً أو غير متوقع. ففي المسئولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر مباشر ، متوقعاً كان هذا الضرر أو غير متوقع [2] . أما في المسئولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم . وقد تقدم بيان ذلك .

٦٤٨ – الظروف الملابسة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض : وتقول المادة ١٧٠ أن القاضي يراعي في تقدير التعويض «الظروف الملابسة» . ويقصد بالظروف الملابسة هنا الظروف التي تلابس المضرور لا الظروف التي تلابس المسئول . فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض، كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض. أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول وجسامة الخطأ الذي صدر منه، فلا يدخل في الحساب ، على خلاف في الرأي بالنسبة إلى جسامة الخطأ .

فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار ، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات ، فيقدر على أساس ذاتي (in concreto) لا على أساس موضوعي (in abstracto) . ويكون محلا للاعتبار حالة المضرور الجسيمة والصحية . فمن

(1) أ – تقدير التعويض الجابر للضرر هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض في ذلك ما دام قد بين عناصر الضرر ووجه احقية طالب التعويض ، وطالما لم يوجد نص في القانون يلزمه باتباع معايير معينة لتقديره .
(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨ الطعن ٤٨٦١ لسنة ٦١ ق السنة ٤٨ ص ١٥٨٤ ع٢)
(جلسة ١٩٩٥/١/٣٠ الطعن ٧٠٨٥ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٦ ص ١٢٨٥ ع٢)
(جلسة ١٩٧٨/٦/١٥ الطعن ٥٨١ لسنة ٤٥ ق)
(جلسة ١٩٧٤/٢/٢١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ ص ٣٨٩)
ب – الأصل في الالتزام قضاء بأداء مبلغ من النقود أن يكون بالعملة الوطنية ما لم يكن هناك اتفاق بين الخصوم على اداء التعويض بالعملة الاجنبية .
(جلسة ١٩٩٥/١١/٢٧ الطعن ٦٢٧٨ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٦ ص ١٢٣٥)

(2) أ – التعويض كما يكون عن ضرر حال فأنه يكون أيضا عن ضرر مستقبلي متى كان محقق الوقوع.
(جلسة ١٩٧٧/٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٣٩٥)
(جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٧٣٦)
ب – التعويض في المسئولية التقصيرية يكون عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع .
(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ الطعن ١٢٣ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ١٠٠٩)

كان «عصبيا» ، فإن الانزعاج الذى يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب . ومن كا ن مريضاً «بالسكر» ويصاب بجرح ، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يصيب السليم [١] . كذلك يكون محلا للاعتبار حالة المضرور العائلية ، فمن يعول زوجة وأطفالا يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذى لا يعول إلا نفسه . ويدخل أيضا فى الاعتبار حالة المضرور المالية : وليس ذلك معناه أن المضرور إذا كان غنياً كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير ، فالضرر واحد ، أصاب غنياً أو فقيراً، وانما الذى يدخل فى الاعتبار هو اختلاف الكسب الذى يفوت المضرور من جراء الإصابة التى لحقته ، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر يحيق به أشدا [٢] .

وقد يفيد المضرور من التعويض الذى تقاضاه من المسئول . مثل ذلك أن يتلف شخص متاعاً قديماً مملوكاً لآخر فيعوضه عنه متاعاً جديداً . فعلى المضرور أن يدفع إلى المسئول بالمتاع القديم التالف (laissé pour compte) حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد [٣] . ويبقى بعد ذلك أنه أفاد بالفرق بين قيمة الجديد وقيمة القديم . ومن رأينا أن المضرور يرد هذا الفرق للمسئول طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب ، على الأقل إذا كان فى استطاعة المسئول أن يعوض المتاع القديم بمتاع قديم مثله فلم يفعل وأعطى المضرور المتاع الجديد [٤] .

أما الظروف الشخصية التى تحيط بالمسئول فلا تدخل فى الحساب عند تقدير التعويض. فإذا كان المسئول غنياً لم يكن هذا سبباً فى أن يدفع تعويضاً أكثر ، أو كان فقيراً لم يكن هذا

(١) والشخص الذى فقد إحدى عينيه ، ثم فقد العين الأخرى فى حادث ، يكون الضرر الذى يصيبه بفقد العين الأخرى وصيرورته مكفوف البصر أشد بكثير من الضرر الذى يصيب من كان سليم العينين فيفقد عينا واحدة . ومن كان عنده استعداد لمرض السل أو لغيره من الأمراض ، وأصيب فى حادث، قد تكون هذه الإصابة سبباً لإصابته بالمرض الذى هو مستعد له ، فلا يقال إن هذا الضرر لا يسأل عنه المدعى عليه لأن شخصاً سليماً فى مكان المضرور كان لا يصاب بهذا المرض، إذ العبرة بشخص المضرور لا بشخص مجرد (أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧).

ويقرب من ذلك أن يكون الضرر أصاب الشئ لا الشخص ، فتكون البلدية مسئولة عما أحدثته أعمال الحفر فى مبنى قائم حتى لو كان هذا المبنى قديما وغير متين ، ولو كان جديداً أو متيناً لما تصدع (استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩) .

(٢) ويدخل فى الاعتبار حالة المضرور المهنية . فالحريق الذى يصيب بناء اتخذه تاجر يمارس مهنته فيه يحدث ضرراً أشد مما يصيب شخصاً اتخذ هذا البناء مسكناً له . ويختلف الضرر باختلاف المهنة، فمرسم المهندس غير عيادة الطبيب وغير مكتب المحامى .

(٣) استئناف مختلط فى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٠ .

(٤) قارن : استئناف مختلط فى ٢٣ يونية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٦٦ – مازو ٣ فقرة ٢٤٠٣ – فقرة ٢٤٠٤.

سبباً فى أن يدفع تعويضاً أقل [١] . وسواء كان المسئول لا يعول إلا نفسه أو يعول أسرة كبيرة. فهو يدفع التعويض بقدر ماأحدث من الضرر ، دون مراعاة لظروفه الشخصية ، إذ العبرة فى تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور لا بالمسئول [٢] . كذلك لا يزيد فى مقدار التعويض إن يكون المسئول قد أمن على مسئوليته بدعوى أن شركة التأمين هى التى ستدفع التعويض . ولا يدخل فى الحساب ما قد يفيد المسئول من كسب بسبب الضرر الذى أحدثه ، فاللص الذى يستعين بالمسروق فى مواجهة أزمة مالية حلت به فينتفع انتفاعاً كبيراً لا يكون مسئولا إلا بمقدار ما سرق لا بمقدار ما أفاد [٣] .

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذى صدر من المسئول عند تقدير التعويض . وإذا تحققت المسئولية ، قدر التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ [٤] . ومهما كان الخطأ يسيراً فإن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر الذى أحدثه هذا الخطأ اليسر. ومهما كان الخطأ جسما فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر. وهذا هو

(١) ويستثنى من ذلك الضرر إذا وقع من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، فيجوز الزام غير المميز بتعويض عادل (م ١٦٤ فقرة ٢)، وقد رأينا أن الحالة المالية لكل من المسئول والمضرور ومقدار يسار كل منهما يكون محل اعتبار فى تقدير التعويض .

(٢) ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٧ – وفى ١٦ ديسمبر ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٨ .

(٣) ولا يقال إنه يكون مسئولا عما أفاد بدعوى الإثراء بلا سبب ، حكم هذه الدعوى أن يدفع المدين أقل القيمتين ، وقد دفع اللص أقل القيمتين بدفعه قيمة المسروق .

وعلى العكس من ذلك يدخل فى الحساب ما أفاد به المضرور من جراء الضرر الذى وقع عليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا خطأ فى أن تراعى المحكمة فى تقدير التعويض المستحق للموظف المفصول بغير حق ما قد يفيده من التحرر من أعباء الوظيفة (نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثابت فى الحكم المطعون فى أن الضرر الذى يشكو منه طالب التعويض ويدعى لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع للرى كان موقتا ثم زال سببه ، وأن المدعى سيفيد من المشروع المذكور فى المستقبل فائدة عظمى تعوض عليه الضرر حتما فى زمن وجيز، ثم تبقى له على ممر الزمن ، وبناء على استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض، فإنها لا تكون قد أخطأت (نقض مدنى فى ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر رقم ١٣٠ ص ٣٥٦) .

(أ) إذا كان مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه لم يبين ما إذا كان الخطأ الموجب للتعويض جسيما أو غير جسيم حتى تتمكن محكمة النقض من الموازنة بين خطأ المطعون عليها ومبلغ التعويض، وكان ما نسبه الطاعن للشركة المطعون عليها من خطأ هو على ما ورد فى تقدير الطعن تعسفها فى استعمال حقها فى فصله بسبب محاولته المطالبة بما يعتقد أنه من حقه ، فان النص يكون غير منتج .

(جلسة ١٩٥٩/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٨٦٦)

مقتضى فصل التعويض المدنى عن العقوبة الجنائية ، فالتعويض المدنى شئ موضوعى لا يراعى فيه إلا الضرر ، والعقوبة الجنائية شئ ذاتى تراعى فيه جسامة الخطأ . هذا هو الأصل ، ولكن القضاء يدخل عادة فى اعتباره جسامة الخطأ فى تقدير التعويض . وهذا شعور طبيعى يستولى على القاضى ، فما دام مقدار التعويض موكولا إلى تقديره فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيما وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً . وعلى هذا يسير القضاء فى مصر وفى فرنسا ، وقد سبق لنا بيان ذلك (١) .

٦٤٩ – الضرر المتغير والوقت الذى يقدر فيه (٢) : نفرض أن الضرر متغير منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم . مثل ذلك شخص صدمته سيارة بخطأ سائقها ، فأصيب بكسر فى يده ، وعندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان ، وعند صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة . لا شك فى أن القاضى

(١) وقد كان القضاء يصرح بذلك فى أول الأمر (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٨ – وفى ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨) ، ثم سكت عن التصريح . بل هو الآن يصرح فى بعض الأحيان بأن جسامة الخطأ لا دخل لها فى تقدير التعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فالقاضى لا يستطيع أن يتحامى إدخال جسامة الخطأ عاملا فى تقدير التعويض، ويظهر ذلك بنوع خاص فى تقدير التعويض عن الضرر الأدبى حيث ينفسح مجال التقدير . ويظهر ذلك أيضا عند تقسيم التعويض على مسئولين متعددين ، كما لو اشترك عدة أشخاص فى ارتكاب الخطأ ، وكما لو كان المضرور أو الغير قد ارتكب خطأ يخفف من مسئولية المدعى عليه ، ففى هذه الأحوال يقسم القضاء التعويض عليهم جميعاً ويراعى فى التقسيم جسامة الخطأ الذى صدر من كل منهم ، وقد تقدم بيان ذلك .

وقد يقال إن القانون المدنى الجديد لم يجعل جسامة الخطأ عاملا فى تقدير التعويض، فقد كان المشروع التمهيدى (م ٢٣٧) ينص صراحة على تقدير التعويض بحسب جسامة الخطأ ، ولكن هذا النص قد حذف فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، مما يخرج جسامة الخطأ عن أن تكون عاملا فى تقدير التعويض . على أن ما نقلناه من مناقشات لجنة القانون المدنى بشأن المادة ١٧٠ (أنظر آنفاً فقرة ٦٤٦ فى الهامش) صريح فى أن اللجنة عندما حذفت عبارة «جسامة الخطأ» واستبدلت بها عبارة «الظروف الملابسة» إنما راعت أن جسامة الخطأ تدخل فى عموم هذه الظروف ، فلم ترد أن تستبعد جسامة الخطأ من أن تكون عاملا فى تقدير التعويض (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٣ – ص ٣٩٤) .

(٢) يجب التمييز بين الضرر المتغير والضرر الذى لا يتيسر تعيين مداه تعييناً نهائياً وقت النطق بالحكم . ففى الحالة الثانية يجوز للقاضى أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير ، وفقاً لنص المادة ١٧٠ ،وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى ركن الضرر . أما فى الحالة الأولى فإن الضرر يكون متغيرا منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم . ولا شئ يمنع من أن تجتمع الحالتان: يكون الضرر متغيراً منذ وقوعه ، ويبقى يوم النطق بالحكم لا يتيسر تعيين مداه تعييناً نهائياً . وعندئذ نطبق أحكام كل من الحالتين ، ويختار القاضى الوقت الذى يقدر فيه الضرر وفقاً لما سنبينه، ثم يحتفظ فى حكمه بحق المضرور فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير وفقاً لما سبق أن بيناه .

يدخل فى حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم ، فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلبت إلى عاهة مستديمة (١) .

كذلك لو خف الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، وأصبح الكسر أقل خطورة مما كان فى أول أمره ، حسب القاضى التعويض مراعياً ما كان عليه الكسر من خطر ثم ما طرأ عليه من تحسن (٢) .

فالعبرة إذن فى تقدير التعويض بيوم صدور الحكم (1) ، اشتد الضرر أو خف .

أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، والذى تغير هو سعر النقدى الذى يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام ، فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم ، ارتفع هذا السعر منذ وقوع الضرر أو انخفض (٣) . على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده فإنه يرجع بما دفعه فعلا ، مهما تغير السعر يوم صدور الحكم .

٦٥٠ – النفقة الموقتة : وقد يرى القاضى أثناء نظر دعوى المسئولية أن المضرور فى حاجة قصوى إلى نفقة مؤقتة (provision) يدفعها له المسئول من حساب التعويض الذى سيقضى له به فى النهاية . فيجوز للقاضى عندئذ أن يحكم بهذه النفقة مع مراعاة الشروط الآتية :

١ – أن يكون مبدأ المسئولية قد تقرر ، ولم يبق إلا تقدير التعويض .

٢ – أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال ، لإعدادها ، فى حاجة إلى مدة طويلة .

(١) وقد يشتد الضرر لسبب لا يرجع إلى خطأ المسئول ، كما إذا فقد المضرور إحدى عينيه فى حادث، ثم فقد الأخرى فى حادث آخر . فالمسئول عن الحادث الأول يرى الضرر الذى أحدثه قد اشتد بوقوع الحادث الثانى ، فقد كان هذا الضرر فى أول أمره هو فقد المضرور عينا واحدة مع بقاء الأخرى سليمة، ثم تطور الضرر فى الشدة فأصبح هو فقد هذه العين ذاتها مع زوال الأخرى . فهل يكون فى هذه الحالة مسئولا عن اشتداد الضرر ؟ الظاهر أنه غير مسئول ، لأن اشتداد الضرر لا يرجع إلى خطئه هو ، بل يرجع إلى خطأ المسئول عن الحادث الثانى . وهذا المسئول هو الذى يعوض عن زيادة الضرر الناشئ عن فقد المضرور لعينه الثانية بعد أن فقد العين الأولى . وقد سبق بيان ذلك .

(٢) وإذا خف الضرر قبل صدور الحكم فإن المسئول يستفيد من ذلك ، حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة فى ذاته بل إلى سبب أجنبى ، كما إذا كان المضرور فى حادث أصيب فى حادث آخر فمات ، فإن المسئول عن الحادث الأول يستفيد من موت المضرور إذ هو غير مسئول عنه، وقد وضع الموت حداً للضرر الذى ترتب على الحادث الأول ، فاستفاد هو من ذلك .

(1) جرى قضاء محكمة النقض بأنه كلما كان الضر متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم .

(جلسة ١٩٥٧/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٧٨٤)

(جلسة ١٩٤٧/٤/١٧ م . ق م – ١٨ – ٢٦١)

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغيراً تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار إليه عند الحكم ، مراعيا التغير فى الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى =

٣ – أن يكون المضرور فى حاجة ملحة إلى هذه النفقة .

٤ – أن يكون المبلغ الذى يقدره القاضى للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذى ينتظر أن يقدر به الضرر [(١)] .

المطلب الثانى
التعويض فى صورته المعدلة الموصوفة

٦٥١ – حالات ثلاث : ما قدمناه فى التعويض هو حكمه فى صورته العادية المألوفة. ولكن هذا الحكم قد يعدل منه وصف يلحقه ، فيكون للتعويض صورة أخرى معدلة موصوفة. ويقع هذا فى حالات ثلاث : (الحالة الأولى) أن يتفق الطرفان قبل تحقيق المسئولية على تعديل الأحكام التى قدمناها . (والحالة الثانية) أن يؤمن المسئول على مسئوليته المحتملة قبل تحققها . (والحالة الثالثة) أن ينفتح أمام المضرور طريقان للتعويض عن الضرر الذى أصابه .

وتتميز الحالتان الأولى والثانية عن الحالة الثالثة بأن الوصف الذى لحق التعويض فى الحالتين الأوليين يتصل بالمسئول ، أما الوصف الذى لحق التعويض فى الحالة الثالثة فيتصل بالمضرور .

ونتكلم فى هذه الحالات الثلاث : (١) الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية (٢) التأمين على المسئولية (٣) اجتماع طريقين للتعويض .

١ – الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية

٦٥٢ – نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية : إذا تحققت المسئولية التقصيرية فإن الاتفاق على تعديل أحكامها إعفاء أو تخفيفاً أو تشديداً جائز إطلاقاً . ويكون فى الغالب

=خطأ المسئول أو نقص كائناً ما كان سببه ، ومراعياً كذلك التغير فى قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها . ذلك أن الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص فيه أيا كان سببه غير منقطعى الصلة به . أما التغير فى قيمة الضرر فليس تغيراً فى الضرر ذاته . وإذ كان المسئول ملزما بجبر الضرر كا ملا ، فإن التعويض لا يكون كافياً لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم . ومن ثم كان لا وجه للقول بأن تغير القيمة لا يمت إلى الخطأ بصلة ، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على إصلاح الضرر فإذا هو تهاون فعليه تبعة تهاونه ، فإن التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسئول التزامه (نقض مدنى فى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨ : منزل ظهر بمبانيه خلل راجع إلى تسرب المياه من أنابيب تالفة لمصلحة التنظيم ، وتقاضى صاحب المنزل تعويضاً كاملا عن إصلاح الخلل بحسب تكاليفه وقت الحكم ، وكانت قد ارتفعت ، وتعويضاً كاملا عن خلو بالمنزل ، ولم ينظر إلى أن المالك كان عليه أن يبادر إلى إصلاح الخلل بنفسه دون أن ينتظر – ويؤخذ على الحكم أنه لم يدخل فى الحساب تهاون المضرور فى إصلاح الخلل ، وهذا ضرر غير مباشر (أنظر تعليق الدكتور سليمان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩) .

(١) أنظر فى الموضوع مازو ٣ فقرة ٢٤٢٦ – فقرة ٢٤٢٨ .

بمثابة صلح ، والصلح جائز فيما هو ليس من النظام العام . فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضرراً لآخر ، فللمضرور أن يعفى المسئول من التعويض ، ويكون بذلك قد نزل عن حقه. ويصح أيضاً أن يتفق المضرور مع المسئول أن يتقاضى منه تعويضاً أقل مما يستحق ، فيعفيه من التعويض عن بعض الضرر . ويكون هذا إما نزولا من المضرور عن بعض حقه ، أو هو صلح بينه وبين المسئول إذا كان هذا ينازع فى مبدأ المسئولية أو فى مقدار التعويض . ويصح أخيراً أن يعطى المسئول المضرور تعويضاً أكثر مما يستحق ، ويكون متبرعاً بما زاد .

وليس فيما قدمناه محل للنزاع . وإنما النزاع فى الاتفاق بين الطرفين مقدماً وقبل تحقق المسئولية . وهذا هو نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية . قد يقال كيف يقع ذلك ولا يعرف أحد مقدماً من هو الشخص الذى سيضره بعمله غير المشروع ، فإن هذا إذا تيسر فى المسئولية العقدية ، إذ العقد يجمع منذ البداية بين المسئول والمضرور ، فهو ليس بميسور فى المسئولية التقصيرية ، إذ أن الطرفين لا يعرف أحدهما الآخر إلا عند وقوع الضرر، فلا يتصور لاتفاق بينهما إلا بعد تحقيق المسئولية؟ وإذا كان هذا صحيحا فى الكثرة الغالبة من الأحوال ، فإنه يتصور فى بعض أحوال المسئولية التقصيرية أن يعرف شخص من يحتمل أن يضر به من الناس بعمل غير مشروع . فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يحتمل أن يكون فيهم فى المستقبل مسئول ومضرور . مثل ذلك الجيران ، كل جار بالنسبة إلى جاره يحتمل أن يكون مسئولا ومضروراً ، فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسئولية التقصيرية عند تحققها . مثل ذلك أيضا صاحب المصنع والملاك المجاورون ، ومصلحة السكك الحديدية وملاك الأراضى التى تمر السكك الحديدية بجوارها ، وملاك الحيوانات التى تجتمع فى مكان واحد لاحتمال أن تؤذى الحيوانات بعضها بعضاً ، وأصحاب السيارات إذا دخلت فى سباق لاحتمال أن تتحقق المسئولية التقصيرية فيما بينها ، ومدير الشركة والشركاء فيما عسى أن يرتكب المدير من خطأ تقصيرى ، والنقل المجانى فيما بين الناقل والمنقول . يتصور إذن أن هؤلاء يتفقون فيما بينهم على التعديل من أحكام المسئولية التقصيرية .

ويجب التمييز بين الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية والاتفاق على ضمان المسئولية. فالاتفاق على ضمان المسئولية مثله أن يؤمن المسئول على مسئوليته فى شركة تأمين . ويشبه ذلك أن يتفق صاحب البناء مع مقاول تعهد بهدم البناء أن يكون ضامناً لما عسى أن يتحقق من مسئولية صاحب البناء بسبب الهدم ، وأن تتفق الحكومة مع ناد رياضى أن يضمن لها ما عسى أن يتحقق من مسئوليتها بسبب الألعاب الرياضية التى يقوم بها النادى . والفرق بين الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية والاتفاق على ضمان المسئولية أن الاتفاق الأول يقوم مباشرة بين المسئول والمضرور ، وقد يرفع المسئولية أصلا عن المسئول قبل المضرور . أما الاتفاق الثانى فيقوم بين المسئول الأصلى ومسئول آخر يضمنه ، لا ليرفع المسئولية عن المسئول الأصلى ، بل ليؤكدها بضم مسئول إليه يتحمل فى النهاية المسئولية إذا تحققت دون أن ينتقص ذلك من حق المضرور فى الرجوع على المسئول الأصلى .

والاتفاق على التعديل من أحكام المسئولية أما أن يكون اتفاقاً للإعفاء من المسئولية أو للتخفيف منها ، وإما أن يكون اتفاقاً للتشديد من المسئولية . ونستعرض كلا من الحالتين :

٦٥٣ - الاتفاق على الاعفاء من المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها : هذا الاتفاق قد يرمى إلى الإعفاء من المسئولية بتاتاً . وقد يرمى إلى التخفيف منها ، إما بإنقاص مدى التعويض فلا يعوض إلا عن بعض الضرر دون بعض ، وإما بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي يكون هو مبلغ التعويض مهما بلغ الضرر ، وإما بتقصير المدة التى ترفع فيها دعوى المسئولية .

وقد كفل القانون المدنى الجديد بيان حكم هذه الاتفاقات ، فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على ما يأتى : «ويقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع»[١] .

والقضاء فى مصر وفى فرنسا جرى على هذا المبدأ ، لا بالنسبة إلى الإعفاء من المسئولية فحسب ، بل أيضا بالنسبة إلى التخفيف منها فى صوره المختلفة[٢] . وتعليل ذلك أن أحكام المسئولية التقصيرية من النظام العام ، والقانون هو الذى يتكفل بتقريرها . فهى ليست كأحكام المسئولية العقدية التى هى من صنع المتعاقدين ، فيستطيعان أن يحورا فيها وأن يعفيا منها . فلا يجوز إذن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها سواء من حيث مدى التعويض أو من حيث الشرط الجزائى أو من حيث مدة الدعوى . وقد رأينا فى المسئولية العقدية أن كل هذا جائز فى غير العمد والخطأ الجسيم .

(١) أنظر تاريخ هذا النص آنفاً فقرة ٤٣٧ فى الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بما يأتى : «أجمع الفقهاء على أن شرط الإعفاء من المسئولية عن الخطأ التعاقدى باطل إذا كان الخطأ بالغاً جسامة الغش أو الخطأ الفاحش، أما إذا كان الخطأ يسيراً فبين الفقهاء خلاف ، فمنهم من يقول بصحة الشرط ، ومنهم من يقول ببطلانه . أما شرط الإعفاء عن الخطأ اللاتعاقدى فهو باطل إجماعاً وفى كل الأحوال» (استئناف مصر الوطنية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢/٢٥ ص ٤٤) . أنظر أيضا : استئناف وطنى فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٢ ص ٢٤٥ - وفى ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١/١٦١ ص ٤٨٠ - استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١ - وفى ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٧٨ - وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ - وفى ١٧ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٨ - وفى ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٥ - وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٧ - وفى ١١ مايو سنة ١٩٢١م ٣٣ ص ٣٢٢ - وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤م ٣٦ ص ١٤٠ - وفى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦ - وفى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠م ٤٢ ص ٢٥٩ .

وانظر فى القضاء الفرنسى مازو ٣ فقرة ٢٥٧٠ .

أما الفقه فى فرنسا فيناقش القضاء منتقداً إياه ، ويرى أن غير الجائز من هذه الاتفاقات هو الاتفاق الخاص بالمسئولية التقصيرية إذا ترتبت على العمد أو الخطأ الجسيم وكذلك إذا ترتبت على خطأ يسير ولحق الضرر الجسم دون المال . فإن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التى تترتب على تعمد الإضرار بالغير أو ما هو بمنزلة هذا التعمد (الخطأ الجسيم) ، أو على التخفيف من هذه المسئولية ، يكون مخالفاً للنظام العام . كذلك الأمر إذا كان الضرر يلحق الجسم لا المال ، ولو ترتب على خطأ يسير ، فإن جسم الإنسان لا يجوز أن يكون محلا للاتفاقات المالية . لكن إذا كان الضرر يلحق المال ويترتب على خطأ يسير ، فليس فى القواعد العامة ما يمنع من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية فيها ، ومن باب أولى من الاتفاق على التخفيف من المسئولية فى أية صورة من صور التخفيف[١] (1) .

ومهما يكن من أمر فالقانون الجديد صريح فى بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها . وهو فى ذلك يؤيد القضاء فى مصر وفى فرنسا على النحو الذى أسلفناه .

٦٥٤ - الاتفاق على التشديد فى المسئولية التقصيرية : وقد يكون الاتفاق من شأن أن يشدد فى المسئولية التقصيرية (2) . مثل ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترضاً فى جانب المسئول فى حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ . ومثل ذلك أيضا الاتفاق على

(١) أنظر فى الفقه الفرنسى وفى نقد القضاء الفرنسى مازو ٣ فقرة ٢٥٧١ - فقرة ٢٥٧٦ .

(1) أ - الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانونا ولا مخالفة فيه للنظام العام ، كما أن عقد الايجار الذى يتضمن هذا الاتفاق لا يعتبر من عقود الاذعان .

(جلسة ١٩٥٨/١١/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٦٨٩)

(جلسة ١٩٦٩/٦/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٨٥١)

(جلسة ١٩٧٥/٦/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١١٤١)

ب - القاعدة الواردة فى المادة ٢٤٣ من قانون التجارى البحرى (قديم) ليست من القواعد الآمرة بل يجوز الاتفاق على مخالفتها بتشديد مسئولية المؤمن أو تخفيفها وفقا للشروط الخاصة بذلك التى تحددها مشارطة التأمين البحرى .

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١١٢٨)

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ٩٣٣)

(2) وان كان المادة ٢٢ من اتفاقية فارسوفيا لتوحيد بعض قواعد النقل الجوى المعدله فى لاهاى سنة ١٩٥٥ والتى انضمت إليها مصر بالقانونين رقمى ٥٩٣ ، ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ قد وضعت حدا أقصى لمسئولية الناقل الجوى عن الأمتعة المسجلة أو البضائع مقدارها ٢٥٠ فرنكا عن كل كيلوجرام ، إلا أن النص فى المادة الثالثة والعشرون من ذات الاتفاقية ... يدل على أنها قد أجازت وبمفهوم المخالفة - كل شرط يهدف إلى تشديد مسئولية الناقل أو تقدير حد أعلى للتعويض عن الحد المعين فى الاتفاقية .

(جلسة ١٩٨٣/١/٣١ الطعن ١٥٠٩ لسنة ٥١ ق س ٣٤ ص ٣٥١) .

مسئولية المدين حتى لو لم يرتكب خطأ .

ويبدو أنه إذا كان الاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها مخالفاً للنظام العام، فإن الاتفاق على التشديد فيها لا يخالف النظام العام ، فيكون مشروعاً . يؤيد ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من القانون المدنى الجديد من أنه «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة»[(١)] . وغنى عن البيان أن المسئولية ذاتها لا تحقق بقيام الحادث المفاجئ والقوة القاهرة لانعدام علاقة السببية . فإذا كان من الممكن أن يتحمل الشخص بالاتفاق تبعة مسئولية لم تتحقق ، فيتحمل التبعة (risque) لا المسئولية ويكون بمثابة المؤمن ، فمن باب أولى يستطيع أن يتفق على التشديد من مسئولية قد تحققت .

٢ – التامين على المسئولية

٦٥٥ – متى يجوز التامين على المسئولية : التأمين على المسئولية يفضل الإعفاء عن المسئولية ، لأنه فى الوقت الذى يزيح فيه عن عاتق المسئول عبء المسئولية لا يحرم المضرور من حقه فى التعويض . وهو ميسر بفضل انتشار شركات التأمين ، ومن ثم فهو كثير الوقوع فى الحياة العملية .

ويجوز للشخص أن يؤمن على مسئوليته المترتبة على الخطأ ، سواء كان هذا الخطأ عقدياً أو تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيرى مفترضاً أو ثابتاً ، وسواء كان الخطأ الثابت يسيراً أو جسيماً . ولكن لا يجوز التأمين على المسئولية المترتبة على الخطأ العمد ، إذ لا يجوز لأحد أن ييسر لنفسه السبيل إلى الغش . وإنما يجوز التأمين على المسئولية عن عمل الغير ، حتى لو ارتكب هذا الغير خطأ عمداً ، ذلك أن المسئول عن الغير لم يؤمن من المسئولية عن غشه

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص كما هو فى الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدى . ولم يحدث فيه تعديل لا أمام لجنة المراجعة (م ٢٢٤ من المشروع النهائى) ، ولا أمام مجلس النواب ، ولا أمام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (م ٢١٧) ، ولا أمام مجلس الشيوخ (الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ – ص٥٥٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقنيناً للقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها فى هذا الشأن ، فقد يجعل عبء المسئولية أشد وقراً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث الفجائى ، وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن من ... وقد تخفف المسئولية على نقيض ذلك باشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة فى الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية ، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز فى المسئولية التعاقدية، كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقصيرية أيا كانت درجة الخطأ ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلا لمخالفته للنظام العام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣) .

هو بل عن غش الغير ، فالخطأ الشخصى الذى يؤمن نفسه منه هو خطأ مفترض لا خطأ عمد[(١)] .

ونرى من ذلك أن الشخص يستطيع أن يؤمن على مسئوليته فى مختلف صورها، فيما عدا المسئولية عن الخطأ العمد الذى يصدر منه شخصياً.

وننظر الآن فيما يأتى : (١) علاقة المؤمن (شركة التأمين) بالمؤمن له (المسئول) (٢) علاقة المؤمن بالمضرور (٣) علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ فى التأمين على المسئولية عن عمل الغير .

٦٥٦ – علاقة المؤمن بالمؤمن له : هذه العلاقة ينظمها عقد التأمين . وهو يرتب التزامات فى ذمة المؤمن. (شركة التأمين) . وأخرى فى ذمة المؤمن له (المسئول) .

(١) **التزامات المؤمن** : أما التزامات المؤمن فتتلخص فى ضمان المسئولية التى قد تترتب فى ذمة المؤمن له ، وهى المسئولية التى كانت محلا للتأمين . والأصل أن المؤمن ضامن لكل ما ينجم عن هذه المسئولية من تكاليف . فمتى طولب المؤمن له مطالبة ودية أو قضائية بتعويض عن ضرر هو مسئول عنه وكان داخلا فى دائرة التأمين ، بدأ التزام المؤمن ينتج أثره ، سواء دخل المؤمن فى الدعوى أو لم يدخل ، ووجب عليه أن يكفل للمؤمن له نتائج هذه المطالبة ولو كانت على غير أساس . فإن الذى يضمنه المؤمن ليس هو مسئولية المؤمن له فحسب، بل كل مطالبة توجه ضده فى شأن هذه المسئولية[(٢)] .

(١) ويقرب ذلك من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على ما يأتى : «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطإ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه» .

وكذلك فى التأمين من الحريق نصت المادة ٨٦٨ على أنه «١ – يكون المؤمن مسئولا عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير المتعمد ، وكذلك يكون مسئولا عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة . ٢ – أما الخسائر والأضرار التى يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً ، فلا يكون المؤمن مسئولا عنها ولو اتفق على غير ذلك» . ونرى من المقابلة بين هذا النص والنص المتقدم أن المسئولية عن الخطأ الجسيم لا يجوز الإعفاء منها ، ولكن يجوز التأمين عليها .

(٢) أو كما يقول هيمار (Hémard) إن الحادث المؤمن ضده (sinistre) هو المطالبة ذاتها، قضائية كانت أو غير قضائية (Le sinistre est l'attaque même, judiciare ou extrajudiciaire: Hémard t.2 no. 556)

وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد يتضمن نصوصاً فى التأمين من المسئولية ، حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة إلى أن يصدر تشريع خاص يعالج مسائل التأمين فى مختلف صوره ، وقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة ٨٣٠ من هذا المشروع ما يأتى : «لا ينتج التزام المؤمن أثره إلا إذا قام المصاب بمطالبة المؤمن له وديا أو قضائياً بعد الحادث المبين فى العقد» .

فإذا ثبتت المسئولية قبل المؤمن له ، وجب على المؤمن أن يدفع له ما ثبت في ذمته من تعويض بسبب هذه المسئولية [(١)] . والقاعدة أن المؤمن يلتزم بالضمان بقدر ما تحقق من مسئولية المؤمن له دون زيادة ، حتى لو كان عقد التأمين يشتمل على شرط يجعل المؤمن ضامناً لمبلغ معين وكان هذا المبلغ يزيد على التعويض الذى ثبت في ذمة المؤمن له . فلو كان هذا المبلغ ألفا وكانت قيمة التعويض ثمانمائة ، فإن المؤمن يضمن الثمانمائة دون الألف [(٢)] . وتعليل ذلك أن عقد التأمين من المسئولية هو عقد تأمين لا عقد ادخار ، فهو معقود لتعويض الخسارة على المؤمن له ، فلا يجوز أن يكون مصدر ربح له ، وهذا بخلاف عقد التأمين على الأشخاص فهو عقد ادخار لا عقد تأمين ، فيجوز أن يزيد مبلغ التأمين على مقدار الخسارة .

(٢) التزامات المؤمن له : ويلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين في مواعيدها وبغير ذلك من الالتزامات التى ترتبها وثيقة التأمين .

ويصح الاتفاق فى الوثيقة على إعفاء المؤمن من الضمان إذا كان المؤمن له دون رضاء من المؤمن قد دفع إلى المضرور تعويضاً أو أقر له بالمسئولية. ولكن لا يجوز التمسك بهذا الاتفاق إذا كان ما أقر به المؤمن له مقصوراً على واقعة مادية ، أو إذا ثبت أن المؤمن له ما كان يستطيع أن يرفض تعويض المضرور أو أن يقر له بحقه دون أن يرتكب ظلماً بيناً [(٣)] .

٦٥٧ – علاقة المؤمن بالمضرور : كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ينص فى المادة ٨٣٢ منه على ما يأتى : «لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق

---

(١) ويجوز للمؤمن ، قبل ثبوت المسئولية ، أن يتدخل في الدعوى ، كما يجوز إدخاله إلا اذا اشترط عدم جواز ذلك (مازو ٣ فقرة ٢٦٧١) . بل يجوز للمؤمن أن ينص في وثيقة التأمين على احتفاظه وحده بالحق في مباشرة الدعوى (أنظر م ٨٣٠ فقرة ٣ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد).

(٢) وقد يتفق المؤمن والمؤمن له على التخفيف من هذه المسئولية ، فلا يدفع المؤمن إلا نسبة معينة من التعويض الذى يلزم به المؤمن له عندما تتحقق مسئوليته (٨٠٪ مثلا) ، وهذا ما يسمى بشرط الخسارة المكشوفة (clause de découvert obligatoire) . أو يتفقان على ألا يدفع المؤمن من التعويض إلا ما زاد على مبلغ معين (خمسين جنيها مثلا) ، فإذا كان التعويض خمسين جنيها أو أقل التزم به المؤمن له دون رجوع على المؤمن ، أما إذا زاد التعويض على خمسين جنيها فإن المؤمن يدفع مقدار الزيادة ، وهذا ما يسمى بشرط الخسارة المهدرة (clause de franchise d'avarie) . أو على العكس من ذلك يتفقان على ألا يدفع المؤمن ما زاد من التعويض على مبلغ معين (خمسمائة جنيه مثلا) ، فإذ كان التعويض خمسمائة أو أقل دفعه المؤمن كله ، أما إذا زاد على الخمسمائة فإن المؤمن لا يدفع إلا خمسمائة ويتحمل المؤمن له مقدار الزيادة . (أنظر فى وجوه التخفيف المختلفة مازو ٣ فقرة ٢٦٦١ – ٢ إلى فقرة ٢٦٧٠) .

(٣) أنظر فى هذا المعنى المادة ٨٣١ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد، وقد حذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ كما قدمنا .

عليه كله أو بعضه ما دام المصاب لم يعوض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التى نشأت عنها مسئولية المؤمن له» . فكان هذا النص يجعل للمصاب (المضرور) دعوى مباشرة قبل المؤمن ، إذ كان يلزم المؤمن ألا يدفع لغير المضرور مبلغ التأمين ما دام المضرور لم يعوض . ومؤدى هذا النص أن المضرور الذى لم يتقاض التعويض من المسئول (المؤمن له) يستطيع أن يتقاضاه مباشرة من المؤمن فى حدود مبلغ التأمين ، دون أن يشترك معه دائنو المؤمن له ، لأنه يرجع على المؤمن بالدعوى المباشرة لا بدعوى المدين .

ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر لقانون خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا القانون معيداً لهذا النص لا يمكن القول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن . فلا يرجع على المؤمن إلا بطريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك بأن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له، وفى هذه الحالة يشاركه دائنو المؤمن له شركة غرماء إذ هو لا يمتاز عنهم [(١)(1)] .

٦٥٨ – علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ فى التأمين على المسئولية عن عمل الغير: يحدث أن المؤمن له لا يكون هو من صدر منه الخطأ ، ولكنه يكون مسئولا عن عمل الغير الذى صدر منه الخطأ ، ويتحقق ذلك فى مسئولية المكلف بالرقابة عمن هم فى رقابته ومسئوليته المتبوع عن التابع . فإذا دفع المسئول عن عمل الغير التعويض للمضرور ، ويرجع به

---

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضرور فى حادث أو خلفاءه يستطيعون الرجوع مباشرة على المؤمن للشخص المسئول عن هذا الحادث، ويترتب على ذلك أنه عندما يثبت خطأ المسئول عن الحادث ثبوتاً صحيحاً ، فلا تستطيع شركة التأمين أن تدفع دعوى المضرور إلا فى حدود مبلغ التعويض المتفق عليه فى عقد التأمين وهى الحدود المرسومة لمسئوليتها (استئناف مختلط فى ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧) . وانظر فى هذا المعنى أيضا : (استئناف مختلط فى ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ – وفى ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ .

والقول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين دون نص لا يمكن تخريجه وفقاً للقواعد العامة إلا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال إن المؤمن له عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط لمصلحة المضرور ، فصار لهذا حق مباشر قبل شركة التأمين . ويرجع فى ذلك لوثيقة التأمين لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط .

(1) عدم وجود نص فى القانون المدنى يخول المضرور حقا مباشراً فى مطالبة المؤمن بالتعويض الا حيث تتضمن وثيقة التأمين اشتراطاً لمصلحة الغير . م ٧٤٧ من القانون المدنى . النص بخروج التزام أداة الحادث من المركبات الخاضعة للقانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات وبعدم تقديم عقد التأمين . مؤداه . وجوب الرجوع إلى وثيقة التأمين لمعرفة ما إذا كانت تتضمن اشتراطا لمصلحة المضرور من عدمه .

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٧ الطعن ٢٢١٠ لسنة ٦٣ ق السنة ٤٥ ص ١٥٦٣ ع٢)

(جلسة ١٩٥٥/٥/٥ مجموعة احكام النقض السنة ٦ ص ١٠٧٩)

– أعطت المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات للمضرور حقا مباشرا قبل شركة التأمين .

على المؤمن ، ألا يجوز لهذا أن يرجع به على الغير الذى صدر منه الخطأ كما كان يرجع المسئول نفسه ؟

سنرى فيما يلى أنه إذا اجتمع للمضرور طريقان للتعويض أحدهما هو طريق التأمين، جاز له أن يجمع بينهما . فيرجع بالتعويض على الغير الذى ارتكب الخطأ لأن هذا الخطأ هو الذى تحققت به المسئولية ، ويرجع على المؤمن بمبلغ التأمين بمقتضى عقد التأمين الذى دفع أقساطه . فهو يجمع بين الحقين لأن لكل حق مصدراً غير المصدر الذى قام عليه الحق الآخر ، فمصدر الحق في التعويض الخطأ الذى ارتكبه الغير ، ومصدر الحق فى مبلغ التأمين العقد الذى أبرمه مع المؤمن .

ولكن يغلب فى العمل أن يشترط المؤمن فى عقد التأمين أن ينزل المؤمن له عن دعواه قبل من صدر منه الخطأ إلى المؤمن ، فيكون هذا بمثابة الحلول الاتفاقي [1] . فإذا لم يوجد شرط كهذا لم يبق إلا تطبيق القواعد العامة ، وتطبيقها ، يؤدى إلى أن المؤمن لا يحل محل المؤمن له فى الرجوع على الغير الذى صدر منه الخطأ ، لا حلولا اتفاقياً لأن عقد التأمين لم يرد فيه شرط الحلول ، ولا حلولا قانونيا لأن الحلول القانونى لا يكون إلا بنص والنص غير موجود [2] .

٣ – اجتماع طريقين للتعويض

٦٥٩ – كيف يجتمع طريقان للتعويض : قد يوجد لدى المضرور طريقان يستطيع سلوكهما لتعويض ما أصابه من ضرر . مثل ذلك أن يكون قد أمن نفسه فى إحدى شركات التأمين مما يصيبه من ضرر فى جسمه أو فى ماله عن طريق التأمين على الحياة أو التأمين من

(١) وقد نص القانون المدنى الجديد على حلول قانونى فيما يتعلق بالتأمين من الحريق، فقضت المادة ٧٧١ بما يأتى : «يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله». ولكن هذا النص خاص بالتأمين من الحريق ، وهو كما نرى يمنع صراحة من الحلول إذا كان من أحدث الضرر شخصاً يعتبر المؤمن له مسئولا عن أفعاله .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، لا تمسكا بالقواعد العامة فى المسئولية المدنية ، ولا احتجاجا بالحلول القانونى (استئناف مختلط فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٤٥ ص ٧٤ – وانظر أيضا : استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٧٨) . ولكن يجوز أن يكون للمؤمن دعوى مباشرة إذا كان المؤمن له قد نزل للمؤمن عن دعواه (استئناف مختلط فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٤ – وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٧٨ – وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٧٢ – وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٧٨) .

ومع ذلك قارن استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وستعود إلى ذلك فيما يلى .

الحوادث أو التأمين من الحريق أو التأمين من الخسائر أو التأمين من المسئولية . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الضرر الذى يصيبه من شأنه أن يرتب له حقاً فى نفقة أو إيراد فى ذمة الغير .

ونستعرض كلا من الحالتين : حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين وحالة اجتماع التعويض مع النفقة أو الإيراد [1] .

٦٦٠ – اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين : إذا أصيب شخص بضرر فى جسمه أو فى ماله ، وكان مؤمناً نفسه من هذا الضرر ، فقد رأينا أن التحليل القانونى يؤدى إلى النتيجة الآتية : للمضرور حقان ، حق قبل المسئول عن هذا الضرر فى التعويض ومصدر هذا الحق الخطأ ارتكبه المسئول ، وحق قبل شركة التأمين فى مبلغ التأمين ومصدر هذا العقد الذى تم بينه وبين الشركة . فإذا كان مؤمناً على حياته أو على ما عسى أن يصيبه من جراء الحوادث، ووقع الضرر الذى أمن نفسه منه ، فهو – أو ورثته – يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على المسئول عن الحادث ، ويجمع بذلك بين الحقين . كذلك إذا كان مؤمناً على منزله من الحريق ، أو على بضاعته من الغرق، أو على مسئوليته إذا تحققت ، كان له أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على من كان مسئولا عن إحراق المنزل أو إغراق البضاعة أو تحقيق المسئولية ، ويجمع بذلك فى هذه الحالات أيضا بين الحقين .

ولا يجوز الاعتراض على هذا التحليل القانونى بأن المضرور يكون بذلك قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد ، ذلك أنه لم يتقاض إلا تعويضاً واحداً من المسئول عن الضرر الذى أصابه ، أما مبلغ التأمين فليس مقابلا للتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التى دفعها للشركة [2][1] .

(١) وقد يجتمع التعويض مع الدية فى قانون تحقيق الجنايات الوطنى القديم (أنظر م ٥٦ من هذا القانون)، إذ التعويض غير الدية (محكمة الاستئناف الوطنية فى ١١ مارس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٣٩ – محكمة أسيوط فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢١ ص ٥١) .

(٢) وإذا كان عقد التأمين عقداً احتماليا بالنسبة إلى المؤمن له – فهو قد يتقاضى مبلغاً أكبر من مجموع الأقساط التى دفعها إذا وقع الحادث المؤمن منه وقد لا يتقاضى شيئاً أصلا إذا لم يقع – فإن العقد بالنسبة إلى الشركة ليس بالعقد الاحتمالى لأن الشركة تعوض خسارتها عند بعض المؤمن لهم بمكسبها عند بعض آخر ، وهى فى مجموع صفقاتها غير خاسرة ، وقد أقامت عملها على هذا الأساس . أما الحادث المؤمن منه فليس حادثاً تعويض عنه شركة التأمين ، بل هو شرط يجب على الشركة عند تحققه أن تدفع للمؤمن له مبلغ التأمين .

إذن يجب التسليم بأن المضرور يستطيع أن يجمع بين الحقين ، حقه فى التعويض ضد المسئول وحقه فى مبلغ التأمين ضد الشركة . وكل من الحقين له مصدر مستقل عن مصدر الحق الآخر، فأحدهما مصدره العمل غير المشروع والآخر مصدره العقد .

وإذا كان التشريع الفرنسى الصادر فى ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ قد نص فى المادة ٣٦ منه، فى التأمين على الأشياء ، على حلول شركة التأمين محل المضرور فى الرجوع على المسئول بمقدار مبلغ التأمين .

= الـذى دفعتـه الشركـة ، فليـس ذلك إلا مراعاة لاعتبار عملي هو ألا يكون التأمين على الأشياء مصدر ربح للمؤمن له ، فيتقاضى التعويض ومبلغ التأمين معاً ، لئلا يغريه ذلك على إتلاف الشئ الذى أمن عليه . وإذا كان هذا التشريع فى المادة ٥٥ منه ، فى التأمين على الأشخاص قد نص على عدم حلول شركة التأمين محل المضـرور فى الرجوع على المسئول ، فذلك إنما هو رجوع إلى تطبيق القواعد العامة من جواز الجمع بين الحقين كما قدمنا ، بعد أن انتفى الاعتبار العملى الذى كان يمنع من الجمع بينهما، إذ قل أن يصيب الشخص نفسه طمعاً في مبلغ التأمين ، وإذا هو فعل السهل افتضاح أمره .

وقد طبق القانون المدنى الجديد مبدأ عدم حلول الشركة محل المؤمن له فى التأمين على الحياة، فنص فى المادة ٧٦٥ على أنه «فى التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذى دفع مبلغ التأمين حق فى الحلول محل المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل من تسبب فى الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث» . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، فى التأمين على الأشخاص ، يجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التأمين . كذلك قرر القانون الجديد مبدأ حلول الشركة محل المؤمن فى التأمين من الحريق، فقد رأينا أن المادة ٧٧١ تنص على أنه «يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحـدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله» . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، فى التأمين على الأشياء ، لا يجمع فى الأصل بين الحقين ، وأن الشركة تحل محله فى الرجوع على المسئول إلا إذا كان التأمين يشمله ضمناً .

(٤) أ – مقتضى نص المادة ٤١ من القانون رقم ٦٣ سنة ١٩٦٤ بشأن التأمينات الاجتماعية – وتقابلها المادة ٦٦ من القانون الحالي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ – أن تنفيذ الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية لالتزامها المنصوص عليه فى الباب الرابع بشأن اصابات العمل لا يخل بما يكون للمومن له – العامل أو ورثته – من حق قبل الشخص المسئول عن الاصابة .

(جلسة ١٩٨٩/١١/٥ ، الطعن ٢٤٩٤ لسنة ٥٧ ق ، جلسة ١٩٩٠/٥/٩ الطعن ٣٥٨٧ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨١/٦/٣٠ الطعن ١٤٩ لسنة ٤٨ س ٣٢ ص ١٩٧٣)

ب – إذ يقتضى العامل حقه فى التعويض عن اصابة العمل من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية فى مقابل الاشتراكات التى قام بسدادها هو ورب العمل ، بينما يتقاضى حقه فى التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذى ارتكبه المسئول فليس ما يمنع من الجمع بين الحقين .

(جلسة ١٩٨١/٦/٣٠ الطعن ١٤٩ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٩٧٣)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ الطعن ١٢٥٧ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ١٣٧٧)

(جلسة ١٩٧٧/٤/٢٦ الطعن ٨٨٨ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ١٠٥٢)

جـ – اذا كان الحكم المطعون فيه اعتبر الشركة الطاعنة (شركة التأمين) ملتزمة بالتعويض بموجب عقد التأمين بينما الشركة المطعون ضدها الثانية ملتزمة به نتيجة الفعل الضار فأنهما يكونا ملتزمين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضام ذمتها فى هذا الدين دون ان تتضامن إذ ان الالتزام التضامنى يقتضى وحده المصدر

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ الطعن ٣٠٦ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٣٢٩)

كذلك لا يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المسئول بتعويض بحجة أن خطأه هو الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين للمضرور ، ذلك أن الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين ليس هو خطأ المسئول بل هو عقد التأمين [١] .

٦٦١ – اجتماع التعويض مع النفقة أو الايراد : قد يكون الضـرر الذى أوجب التعويض للمضرور سبباً فى ترتيب حق آخر له . مثل ذلك عامل فى مصنع تسبب عامل آخر فى إصابته ، فيستحق العامل المضرور قبل رب المصنع مبلغاً يقدره قانون إصابات العمل جزافاً كما رأينا ، ويستحق في الوقت ذاته تعويضاً كاملا قبل العامل المسئول عن الحادث، فهل له أن يجمع بين التعويضين ؟ مثل آخر شخص أصيب بما أقعده عن العمل ، فاستحق تعويضاً قبل المسئول عن هذه الإصابة ونفقة عند من تجب عليه النفقة له بسبب عجزه عن العمل ، فهل يجمع بين التعويض والنفقة؟

يختلـف الأمـر هنـا عـن حالة اجتمـاع التعويض مع مبلغ التأمين . فقد قدمنا أن مبلغ التأمين ليس مقابلاً للتعويـض ، بل هـو مقابل لأقسـاط التأمين التى سبق دفعها. ولكن المبلغ الجزافى الذى يدفعه رب المصنع للعامـل عنـد إصابته ، والنفقـة التى يدفعها من تجب عليه النفقة، لا مقابل لهما إلا عجز المضرور عن العمل بسبب الحادث الذى أصابه ، فالصبـغة الغالبة عليهما هى التعويض عن هذا العجز ، لذلك لا يجـوز أن يجمـع المضرور بين تعويضين [1] ، فهـو إذا تقاضـى التعويـض الجزافـى أو النفقـة ، لم يرجع على المسئول

(١) وقد رأينا محكمة الاستئناف المختلطة تقضى بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، إلا إذا كان المؤمن له قد نزل له عن دعواه (أنظر آنفاً فقرة ٦٥٨ فى الهامش) . وقد قضت أيضاً ، فى ظل القانون القديم حيث لا يوجد نص على حلول المؤمن محل المؤمن له فى التأمين على الأشخاص ، بأن المؤمن له ، حتى لو تقاضى مبلغ التأمين من المؤمن ، يحتفظ مع ذلك بحقه فى الرجوع بالتعويض على من أحدث الضرر ، سواء فى ذلك التأمين على الأشياء والتأمين على الأشخاص (استئناف مختلط فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥٦) . وقضت كذلك بأن المسئول عن الحريق لا يستطيع أن يتخلص من نتائج هذه المسئولية قبل المضرور بدعوى أن المضرور قد أمن على نفسه من حريق ، بل ولا بحجة أنه قد استولى على مبلغ التأمين من المؤمن (استئناف مختلط فى أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٠) . ومع ذلك فقد قضت هذه المحكمة بأنه لا يصح ، كمبدأ عام ، المنازعة فى حق المؤمن فى الرجوع ، باسمه أو باسم المؤمن له ، بدعوى المسئولية على المسئولين عن وقوع الحادث المؤمن منه)استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جلزيت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(1) أ – تضـمن القانون رقم ٤٤ لسنة ٦٧ المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٤ القواعد التى تنظم المعاشات والاعانات والقروض عن الخسائر فى النفس والمال نتيجة الأعمال الحربية – ونص على اختصاص اللجان التى تشكل طبقا لاحكامه لمعاينة وحصر الاضرار الناجمة عنها ، ولا تحول نصوصه بين المضرور الذى صرفت له إعانة تعويضية وبين المطالبة بحقه فى التعويض الكامل الجابر للضرر الذى لحقه، اذ أن هذا الحق يظل قائماً وفقا لاحكام القانون المدنى إذا كان سبب الضرر الخطأ التقصيرى، إلا أنه لا يصح للمضرور أن يجمع بين تعويضين فيراعى القاضى عند =

إلا بما بقى من الضرر دون تعويض ، ويرجع رب المصنع أو الملزم بالنفقة على المسئول بما التزم بدفعه للمضرور لأن المسئول هو المتسبب فى ذلك [1] . أما إذا رجع المضرور بكل التعويض على المسئول ، فلا يجوز له أن يرجع بشئ على صاحب المصنع [2] أو الملزم بالنفقة .

كذلك لا يستطيع الموظف إذا أصيب فى حادث تكون الحكومة مسئولة عنه، أن يجمع بين التعويض الكامل عن هذا الحادث وبين معاش استثنائى يرتبه القانون على سبيل التعويض ، بل يجب إنقاص مبلغ المعاش الاستثنائى ، سواء كان فى صورة إيراد مدى الحياة

= تقدير التعويض فى هذه الحالة ما صرف من اعانة تعويضية .

(جلسة ١٩٨١/١٢/٢٥ الطعن ٣٥٥ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ٢٩٨)

ب – القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ تضمن القواعد التي تنظم المعاشات والمكافآت والتأمينات والتعويض لافراد القوات المسلحة عند الوفاة أو العجز الكلى أو الجزئى بسبب العمليات الحربية فعقد الفصل الثانى من الباب الثانى لبيان أنواع المعاشات والمكافآت ثم فصل فى الباب الرابع احكام التأمين والتأمين الاضافى وتعويض المصابين بسبب الخدمة باصابات لا تمنعهم من البقاء فيها وحدد فى المادة ٦٥ مقدرا التأمين الاضافى الذى يدفع للورثة الشرعيين إذا كانت الوفاة ناشئة عن حادث طيران أو سبب العمليات الحربية أو أحدى الحالات المنصوص عليها فى المادة ٣١ أو كانت بسبب الخدمة ، وهى احكام يقتصر تطبيقها على الحالات المنصوص عليها فى هذا القانون ، ولا تتعداها إلى التعويض المستحق طبقا لأحكام القانون العام فلا تحول دون مطالبة المضرور بحقه فى التعويض الكامل الجابر للضرر الذى لحقه ، إذ أن هذا الحق يظل مع ذلك قائماً وفقا لأحكام القانون المدنى إذا كان سبب الضرر الخطأ التقصيرى إلا أنه لا يصح للمضرور أن يجمع بين التعويضين .

(جلسة ١٩٧٧/٥/٣١ الطعن ٨٣٠ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ١٣٣٥)

(١) محكمة مصر الجزئية المختلطة فى ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٩ ص ٢٠٠ – قارن استئناف مختلط فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٦٥ .

(٢) كذلك لا يجوز الجمع بين مطالبة رب المصنع بالتعويض بمقتضى قانون إصابات العمل والتعويض طبقا للقواعد العامة فى المسئولية . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الجمع بين أحكام قانون إصابات العمل باعتباره من القوانين الخاصة وأحكام القانون العام فى المطالبة بتعويض الضرر المدعى به، لأن القانون الأول مجال تطبيقه الأحوال التى أراد فيها المشرع أن يرعى جانب العامل نظراً لمخاطر العمل بعدم تحميله إثبات خطأ صاحب العمل أو تقصيره عند المطالبة بالتعويض . فإذا ما لجأ العامل إلى أحكام هذا القانون واتخذها سنداً له فى طلب التعويض ، فإنه لا يصح له بمقتضى المادة الرابعة أن يتمسك بأى قانون آخر ضد صاحب العمل ما لم يكن الحادث المطلوب عنه التعويض قد نشأ عن خطأ فاحش. ولكن إذا كان المدعى بنى طلب التعويض على قانون إصابات العمل ، ثم طالب بتعويض بناء على قواعد المسئولية العامة ، وطلب الحكم له بالتعويضين على اعتبار أنهما طلبان أصليان ، فاستبعدت المحكمة تطبيق قانون إصابات العمل ، فإنه يكون من المتعين عليها أن تنظر فى الطلب المؤسس على القانون العام (نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦) .

أو فى صورة مكافأة إجمالية ، من مبلغ التعويض الكامل المستحق للموظف [١] [1] . لكن

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حادث وفاة المستخدم التى يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأرملته وأولاده بموجب قانون المعاشات قد يترتب عليها أيضاً التزام من يكون مسئولا عن الحادثة بالتعويض الذى يستحق بموجب القانون المدنى ، ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادثة ، وأجاز زيادتها تبعاً لظروف الحال ، فإنه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجبر بقدر معلوم الضرر الواقع لأرملة المستخدم وأولاده . فهذا الالتزامان ، وإن كانا مختلفين فى الأساس القانونى ، هما متحدان فى الغاية ، وهى جبر الضرر الواقع للمضرور . وهذا الجبر ، وإن وجب أن يكون كاملا مكافئاً لمقدار الضرر ، فإنه لا يجوز أن يكون زائداً عليه ، إذ أن كل زيادة تكون إثراء لا سبب له . ومن ثم فإنه عند ما تكون الحكومة مسئولة أيضا عن التعويض الذى أساسه القانون المدنى يكون من المتعين خصم مبلغ المكافأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض المدنى المستحق . وهذا النظر يتفق وما قرره الشارع فى حالة مماثلة ، فإن قانون إصابات العمل رقم ٦٤ سنة ١٩٣٦ الذى قرر التزام صاحب العمل – على غرار التزام الحكومة بقانون المعاشات – بأن يدفع بقدر معلوم كذلك تعويضاً للعامل المصاب ، نص على عدم الجمع بين هذا التعويض والتعويض المستحق بموجب القانون المدنى (نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١) . وقضت أيضا بأن استناد الحكم المطعون فيه إلى المادة ٣٣ من قانون المعاشات (رقم ■ لسنة ١٩٠٩) دون المادة ٣٩ منه لا يؤثر على سلامة النظر الذى ذهب إليه باعتبار أن المكافأة التى منحتها الطاعنة المطعون عليه هى مكافأة استثنائية بقدر معلوم استحقها وفقاً لهذا القانون كتعويض على مجرد الإصابة التى لحقته وأقعدته عن مواصلة العمل فى خدمة الحكومة ، وأن حقه فى التعويض الكامل الجابر للضرر الذى لحقه يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدنى إذا كانت هذه الإصابة قد نشأت من خطأ تسأل عنه الطاعنة (نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المعاش الخاص المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند إصابتهم بعمل العدو أو بسبب حوادث فى وقائع حربية أو فى مأموريات أمروا بها لا علاقة له بالتعويض الذى يستحقه صاحب المعاش قبل من سبب له الإصابة عن عمد أو تقصير منه ، وذلك لاختلاف الأساس القانونى للاستحقاق فى المعاش عنه فى التعويض (نقض جنائى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٣١٧) . وهذا الحكم قد حاد عن المبدأ الصحيح الذى قررناه ، وقد انتقده بحق الدكتور سليمان مرقص تعليقه المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى .

(1) أ – من المقرر أنه يجوز للمضرور أن يجمع بين الذى يطالب به عن الضرر الناشئ عن الخطأ – وفقا لأحكام المسئولية التقصيرية – وبين ما قد يكون مقررا له عن ذلك – بموجب قوانين أو قرارات أخرى من مكافآت أو معاشات استثنائية – بشرط أن يراعى ذلك عند تقدير التعويض بحيث لا يجاوز مجموع ما يعود عليه من ذلك القدر المناسب والكافى لجبر الضرر وحتى لا يثرى المضرور من وراء ذلك بلا سبب .

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧ الطعنان ٥٦١ ، ٥٦٢ سنة ٤٢ ق س ٣٤ ص ١٩٤٨)

(ب) يدل النص فى المادة ٦٨ من قانون التأمين الاجتماعى (رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥) على أن حصول العامل على المبالغ المقررة بقانون التأمينات الاجتماعية بشأن اصابة العمل – يمنعه من مطالبة رب العمل بالتعويض طبقا لاحكام القانون المدنى إلا إذا وقع الحادث بسبب خطئه ، وكان الخطأ المعنى بالفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر هو خطأ صاحب العمل الشخصى الذى يرتب مسئوليته الذاتية وهو خطأ واجب الاثبات فلا تطبق فى شأنه احكام المسئولية المفترضة المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٤) الطعن ٩٧١ لسنة ٥٨ ق)
(جلسة ١٩٨٩/١/١٧ الطعن ٥٧ لسنة ٥٨ ق)
(جلسة ١٩٨٩/١١/٢٢ الطعن ١٢٢٦ لسنة ٥٦ ق)

إذا قبض الموظف معاشه العادى طبقاً لقانون المعاشات ، فإنه يستطيع الجمع بينه وبين التعويض الكامل، لأن المعاش العادى كمبلغ التأمين إنما استحق لقاء الاستقطاعات الدورية التى أخذت من مرتب الموظف [1] .

أما إذا كان المضرور قد تلقى صدقة أو إحساناً من الغير مواساة له فيما أصابه من ضرر، فلا يجوز للمسئول أن ينقص من مبلغ التعويض الذى يلزمه مقدار هذه الصدقة ، فإن صاحب الصدقة قد تبرع بها للمضرور لا للمسئول .

الفصل الثانى

المسئولية عن عمل الغير

والمسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٦٢ – المسئولية تقوم لا على خطأ واجب الاثبات بل على خطأ مفترض : بسطنا قواعد المسئولية بوجه عام ، فاستعرضنا أركانها وفصلنا أحكامها . وجرينا فيما قدمناه على أن الخطأ الذى تقوم عليه المسئولية هو خطأ واجب الاثبات ، يثبته مدعى المسئولية وهو المضرور.

وننتقل الآن إلى حالات خاصة في المسئولية يجمعها أنها تقوم كلها لا على خطأ واجب الإثبات ، بل على خطأ مفترض على خلاف في الرأى سنفصله فيما يلى . وقد توخى المشرع فيها أن ييسر على المضرور التعويض عما أصابه من الضرر ، فأزاح عن عاتقه عبء إثبات الخطأ .

وقد قسم القانون المدنى الجديد هذه الحالات إلى قسمين : قسم للمسئولية عن عمل الغير وآخر للمسئولية الناشئة عن الأشياء . ونستعرض كلا منهما .

---

(١) نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم فى الحاشية السابقة . ويقرر الحكم ، فى المسألة التى نحن بصددها ، ما يأتى : «ولكن المكافأة العادية التى تستحقها ورثة المستخدم عند وفاته وفاة طبيعية والتى لا علاقة لها بالحادثة ولا بالتعويض المستحق عنها ، فهذه تبقى مستحقة للورثة بالاضافة إلى التعويض» .

الفـرع الأول

المسئولية عن عمل الغير

٦٦٣ – حالتان : يكون الشخص مسئولا عن عمل الغير فى حالتين : (الحالة الأولى) هى حالة من تجب عليه رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ويكون مسئولا عن الأعمال الصادرة من هذا الشخص .

(والحالة الثانية) هى حالة المتبوع ويكون مسئولا عن أعمال التابع .

المبحث الأول

مسئولية من تجب عليه الرقابة عمن هم فى رقابته (*)

(Responsabilité du surveillant du fait des son surveillé)

٦٦٤ – النصوص القانونية : كانت المادة ١٥١ من القانون المدنى الوطنى القديم تنص على ما يأتى :

«وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم» .

وكانت المادة ٢١٣ من القانون المدنى المختلط القديم تنص على ما يأتى :

«يلزم الشخص كذلك بضرر الغير الناشئ عن تقصير من هم فى رعايته أو عن إهمالهم أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم» .

وكانت هذه النصوص معيبة من وجوه متعددة : (١) فهى من حيث الصياغة كانت قلقة مضطربة ، إذ تعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة عمن هم تحت رعايته بناء على خطأ مفترض ، وتعرض طوراً لمسئولية متولى الرقابة بناء على خطأ ثابت فى جانبه ، مع أن المقصود هو المسئولية الأولى [1] . (٣) ثم هى لم تبين فى أى الأحوال وبأى الشروط يصبح الشخص

(*) بعض المراجع : بولاتون (Beaulation) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – كومبسكير (Cobescure) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ – كورتو (Courtcaud) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ – جروميتر (Grosmaitre) رسالة من ليون سنة ١٩٣٨ – جانبيير (Jeanpierre) رسالة من نانسى سنة ١٩٣٨ – بيرون (Piron) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٩ – ألبيرتى (Alberti) رسالةمن أكس سنة ١٩٤٢ – الموجز للمؤلف فقرة ٣٤٥ – فقرة ٣٤٨ – مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ١٤٨ – فقرة ١٩٢ – الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٩٧ – فقرة ٥١٣ – الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ٧٤ – فقرة ٨٧ .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٤٥ .

متولياً الرقابة على غيره . (٣) وهى أخيراً لم توضح أساس المسئولية ، وهل هى قائمة على خطأ مفترض ، وهل هذا الافتراض يقبل إثبات العكس[(١)] .

فجاء القانون المدنى الجديد بنصوص تجنب فيها هذه العيوب ، إذ نص فى المادة ١٧٣ على ما يأتى :

«١ – كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » .

«٢ – ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة ، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج» .

«٣ – ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية»[(٢)] .

---

(١) ومع ذلك فإن هذه النصوص ، على ما فيها من عيوب ، كانت خيراً من مثيلتها فى القانون المدنى الفرنسى (م ١٣٨٤) التى لم تضع قاعدة عامة ، بل اقتصرت على ذكر طوائف من المسئولين على سبيل الحصر (أنظر مازو ١ فقرة ٧١٢ – فقرة ٧١٩) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١– كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع. ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . ٢ – ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية» . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة ، بعد أن أصبح رقمها ١٧٧ فى المشروع النهائى، على الوجه الآتى : «١ – كل من تولى رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . ٣– ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته. وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو فى الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج . ٤– ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية» . وقد قام هذا التعديل على الاعتبارين الآتيين: (أولا) تجنب جعل المسئولية على من يجب عليه قانوناً رقابة شخص، فإن هذا من شأنه أن يثير فكرة الولاية على النفس وأحكامها فى الشريعة الإسلامية مما قد لا يتفق تماما مع فكرة الرقابة فى القانون الحديث . (ثانيا) حدد فى التعديل إلى أى سن يكون الصبى فى حاجة إلى الرقابة ومتى تنتقل الرقابة إلى المعلم =

ونبحث فى صدد هذا النص أمرين : (١) متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة

٦٦٥ – شرطان لتحقق المسئولية : تتحقق المسئولية إذا تولى شخص الرقابة على شخص آخر، وصدر ممن هو تحت الرقابة عمل غير مشروع ثبت فى جانبه فأوجب مسئوليته. ومن ثم يكون متولى الرقابة مسئولا عن هذا العمل غير المشروع .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن شرطين : (١) تولى شخص الرقابة على شخص آخر . (٢) صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة .

١ – تولى الرقابة

٦٦٦ – الالتزام بالرقابة : لا تتحقق المسئولية إلا إذا قام التزام بالرقابة . ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون أو الاتفاق كما يقول النص . مثل القانون الأب يتولى رقابة ابنه، ومثل الاتفاق مدير مستشفى للأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه . فلا يكفى إذن أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر حتى يكون مسئولا عنه ، بل يجب أن يكون هناك التزام قانونى أو اتفاقى بتولى هذه الرقابة . وقيام هذا الالتزام هو الذى ترتب عليه مسئولية متولى الرقابة .

وعلة هذا الالتزام كما جاء فى النص ، حاجة الشخص الموضوع فى رقابة غيره إلى هذه الرقابة ، إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية ، وإما بسبب حالته الجسمية . فالقاصر

= فى المدرسة أو فى الحرفة وإلى من تنتقل الرقابة على الزوجة القاصر . وقد أشير فى لجنة المراجعة إلى تدرج فى التشدد فى افتراض الخطأ ، فتارة ينتفى الافتراض بإثبات عدم الخطأ، وطوراً بإثبات عدم القدرة على منع العمل غير المشروع ، وثالثة بإثبات السبب الأجنبى وهذا ينفى علاقة السببية لا ينفى افتراض الخطأ . ويبدو عند التأمل أن دفع المسئولية إنما يكون بأحد أمرين : إما بنفى الخطأ وإما بنفى علاقة السببية . ففى الحالة الأولى من هذه الحالات الثلاث المتدرجة قد انتفى الخطأ ، وفى الحالتين الثانية والثالثة قد انتفت علاقة السببية (أنظر : نقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨ وسنعود إلى هذا الحكم فيما يلى) . وقد وافق مجلس النواب على النص كما ورد فى المشروع النهائى . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة انتهت إلى إضافة كلمة «المشرف» فى الفقرة الثانية وإلى استبدال عبارة «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص» بعبارة «كل من تولى رقابة شخص» لأن مناط المسئولية هو وجود التزام بالرقابة والالتزام فى هذه الحالة إما أن يكون مصدره الاتفاق أو نص القانون . وأصبح رقم المادة ١٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٥ – ص ٤١٢) .

فى حاجة إلى الرقابة بسبب قصره . والمجنون والمعتوه وذو الغفلة فى حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم العقلية . والأعمى والمقعد والمشلول فى حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم الجسمية . ومن هؤلاء من يتولى القانون إقامة رقيب عليهم ، كالقاصر والمجنون والمعتوه وذى الغفلة يضعهم القانون فى رقابة الآباء أو أولياء النفس . ومنهم من تقوم الرقابة عليه بالاتفاق مع متولى الرقابة ، كمدير المستشفى والممرض يتفق معهما على تولى رقابة المرضى)[1] .

أما الرقابة التى لا تقوم بسبب القصر أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية ، كرقابة السجان على المسجونين ورقابة رئيس الحزب السياسى على أعضاء حزبه ،[2] فلا تترتب عليها هذه المسئولية .

٦٦٧ – الحالات التى يقوم فيها الالتزام بالرقابة : لم يحصر القانون الحالات التى يتولى فيها شخص الرقابة على غيره ، واكتفى بأن قرر أن هذه الحالات تقوم إذا قام التزام بالرقابة قانوناً أو اتفاقاً . والرقابة فى الأصل تقوم على القاصر . فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه ، إلا إذا وجد ما يدعو لبسط الرقابة عليه وهو بالغ . فنستعرض إذن هاتين الحالتين : حالة القصر وحالة البلوغ .

(١) **القاصر :** أظهر حالات الرقابة هى كما قدمنا حالة القاصر . وقد عنى المشرع بها فخصص لها الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ إذ يقول : «ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «يفضل نص المشروع ما ورد من النصوص فى التقنين المصرى الحالى من وجوه ثلاثة . فهو يحدد أولا فكرة الرقابة تحديداً بيناً. ويراعى أن نصوص التقنين الحالى ، وإن كانت تفضل من هذه الناحية نصوص التقنين الفرنسى، من حيث تدارك ما اعتور أحكام هذا التقنين من نقص فى بيان من لهم حق الرقابة ، إلا أنها فى صياغة هذه الفكرة قد بالغت فى الإيجاز والاقتضاب . وقد عمد المشروع إلى تحليل الالتزام بالرقابة، فبين علته ومصدره . فقد يحتاج الإنسان إلى الرقابة إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية أو الجسمية . ولهذا يشرف الأب أو من يقوم مقامه على ابنه القاصر ما بقى الابن محتاجاً إلى الرقابة . ويقدر القاضى تبعاً للظروف ما إذا كانت حاجة القاصر إلى هذه الرقابة لا تزال قائمة . وكذلك يقوم مباشر العمل على رقابة صبيانه ، والمعلم على رقابة تلاميذه ، والرقيب أو الممرض على رقابة من نيطت به رقابتهم من المجانين أو الزمنى ، ما بقى هؤلاء الأشخاص جميعاً فى حاجة إلى تلك الرقابة بسبب حالتهم العقلية أو الجسمانية . أما فيما يتعلق بمصدر الالتزام بالرقابة فهو فى الأصل نص القانون ، فأحكام قانون الأحوال الشخصية هى التى تلقى عبء الرقابة على الأب أو الأم أو الوصى على حسب الأحوال . وقد يقوم الالتزام بالرقابة بمقتضى اتفاق خاص ، كما هو الشأن فى الحارس» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٦ – ص ٤٠٧) .

(٢) وقد قضت محكمة القاهرة الجزئية المختلطة بأن رئيس الحزب السياسى لا يعتبر مسئولا لا عن الأعمال الجماعية لحزبه ولا عن الأعمال الفردية لأعضاء الحزب (١٥ يونية سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص [illegible]

المشرف ، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج» .

فالقاصر إلى سن الخامسة عشرة – وهى سن بلوغ الحلم فى الشريعة الإسلامية – يعتبر فى حاجة إلى الرقابة إطلاقاً . ويكون عادة حتى بلوغ هذه السن فى كنف من يقوم بتربيته . والذين يقومون بتربيته هم أولا الأب إذا وجد ، فهو الولى الشرعى على النفس، وهو المكلف قانوناً بالرقابة على ولده . فإذا لم يوجد الأب تولى الرقابة القائم على تربية الولد. ويكون عادة ولى النفس من جد أو عم أو غيرهما . وقد تنتقل تربية الولد ، ولو بطريق الاتفاق الضمنى ، من ولى النفس إلى الأم . وذلك كله إلى سن الخامسة عشرة . فإن بلغها الولد ، وتحرر فوق ذلك من قيود التربية ، ولم يعد يعيش فى كنف أحد ، وأصبح يكسب عيشه بنفسه ، فلا يكون أحد مسئولا عنه . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون . أما إذا بقى يعيش فى كنف من يقوم على تربيته بعد بلوغه الخامسة عشرة – وعبء الإثبات هنا على مدعى المسئولية – فالقائم على تربيته هو متولى الرقابة عليه ، قانونا إلى إن كان ولى النفس واتفقاً إن كان غيره ، ويبقى مسئولا عنه إلى أن يبلغ الولد سن الرشد ، أو إلى أن ينفصل فى معيشة مستقلة فلا يعود يعيش فى كنف أحد ويتحرر من قيود الرقابة . والاستقلال فى المعيشة هنا لا يعنى حتما الاستقلال فى المسكن ، فقد يكون الولد مقيما مع أبيه فى مسكن واحد ولكنه مستقل عنه فى المعيشة وليس للأب إشراف على تربيته فلا يكون مسئولا عنه ، وقد لا يكون الولد مقيما مع أبيه فى مسكن واحد ولكن الأب يبقى مشرفاً على تربيته فيكون مسئولا[1] .

(١) وكان القانون المدنى القديم ، كما رأينا ، غير صريح فى بيان الأحوال والشروط التى يعتبر فيها الأب متولياً الرقابة على ابنه . ومن ثم اضطربت أحكام القضاء فى ذلك .

فهناك من الأحكام ماساير القانون المدنى الفرنسى (م ١٣٨٤) ، فجعل الأب متولياً الرقابة على ابنه ما دام الابن قاصراً لم يبلغ سن الرشد وكان مقيماً مع أبيه . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أن الأب يبقى مسئولا مدنياً عن الأضرار التى تحصل من ابنه إلى حين بلوغه سن الرشد، ولا يشترط لتحقيق هذه المسئولية إلا إقامة القاصر مع أبيه (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٤ ص ٩٩٠ – أنظر أيضا : استئناف مصر الوطنية فى ٧ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/١٧٨ ص ٣٥١) – وقضت كذلك بأن رعاية الأب تقوم على ابنه بتحقق أمرين أساسيين : أولهما إذا كان الابن منضما مع والده ، والثانى إذا كان قاصراً عن درجة البلوغ (استئناف مصر الوطنية فى ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ، ٢ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥) . وقضت محكمة أسيوط الكلية بأنه لما كان منشأ مسئولية الآباء عن أعمال أبنائهم سلطة الآباء سالفة الذكر ، فتكون هذه المسئولية ملازمة لهذه السلطة ، فتزول بزوالها ، وتقوم بوجودها . ولهذا قيد الشارع الفرنسى هذه المسئولية فى المادة ١٣٨٤ بقيدين، الأول إقامة الوالد مع ابنه ، وثانيهما كون الابن قاصراً . فإذا كان الولد رشيداً يدير أمور نفسه، أو كان الولد غير مقيم مع والده كأن ألحق بالجيش قبل بلوغه سن الرشد، أو كان والده غائباً عنه غيبة منقطعة ، فلا سلطة للأب فى هذه الأحوال ، وبالتالى فلا مسئولية (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٢ ص ٤٢٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بألا مسئولية على الأب عن أعمال ابنه الذى بلغ سن الرشد (استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣) . =

= وهناك أحكام ربطت تولى الأب الرقابة على ابنه بسن الولاية على النفس وهى خمس عشرة سنة. من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) إذ نصت فى الفقرة الثانية على مساءلة الإنسان عن تعويض الضرر الناشئ للغير «عن إهمال من هم تحت رعايته»... قد دلت بوضوح على أن هذه المسئولية التى قررتها استثناء وخروجا على الأصل إنما تقوم على ما للمسئول من. سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الإضرار بالغير. وإذا كانت السن إحدى موجبات الحفظ، فمأتى المسئولية من ناحيتها هو كون سن من باشر ارتكاب الفعل الضار يقتضى وضعه تحت حفظ غيره، ولا اعتبار هنا للسن المحددة فى القانون للولاية على المال، فإن الحفظ(garde) الذى هو أساس المسئولية بمعناه لغة وقانوناً متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ، إذ قد يكون الإنسان قاصراً فيما يختص بماله، ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه، ولا سلطة فيما يختص بشخصه. وإذن ففى دعوى التعويض المرفوعة على مقتضى المادة المذكورة لا يكون تعرف من وقع منه الضرر إلا لمعرفة هل هذه السن توجب وضعه تحت حفظ من رفعت عليه الدعوى أم لا. فالحكم إذا أسس قضاءه برفض دعوى التعويض المرفوعة على والد المتهم ما تبينته المحكمة من أن المتهم قد تجاوزت سنه الحد الذى تنتهى به ولاية أبيه على نفسه، يكون قد أصاب ولم يخطئ (نقض جنائى فى ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٠٠ ص ٣٢٦). وقضت فى حكم آخر بأن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الوالد مسئولا عن عمل ابنه بعد أن كان قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره، وكانت سنه وقت الحادثة أكثر من تسع عشرة سنة، وإذ قال إن الابن يبقى فى حفظ أبيه حتى يبلغ إحدى وعشرين سنة، يكون قد أخطأ، لأن حق الحفظ بالنسبة للصغير مرتبط بالولاية على النفس، وينتهى بانتهائها، ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال (نقض جنائى فى ٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ ص ٣٢٦ فى الهامش» القضية رقم ٧٥٨ سنة ٦٣ قضائية – وانظر أيضاً: نقض جنائى فى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عاصم ٢ – ٢٧ –٢١.

وانظر تعليق الدكتور سليمان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٥ – ص ١٦١. وتعليقاً له آخر فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩ العددين الأول والثانى). وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الولد لا يكون تحت رعاية الأب متى تجاوز الخامسة عشرة من عمره أخذاً برأى الصاحبين فى الولاية على النفس، ويكون مسئولا وحده عن كل أعماله المتعلقة بنفسه والتى لا علاقة لها بأمواله؛ فيسأل عن عدم احتياطه وإهماله، كما أنه ابتداء من هذه السن أيضاً مسئول عن جرائمه كما تقضى بذلك المادة ٦٦ عقوبات. وعلى ذلك كان من الخطأ القول بمسئولية الأب حتى بلوغ الابن سن الرشد القانونى، أى سن الحادية والعشرين (١١ يولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢١٩ ص ٤٢٠ -- أنظر أيضا: محكمة السيدة زينب فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦ ص ٥٩ -- محكمة دكرنس فى ٢٦ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٤ ص ١٠٨).

وهناك حكم أخذ بما استقر عليه القانون المدنى الجديد، إذ قضت محكمة العطارين بأن مسئولية الأب عن ابنه لا تفترض بعد بلوغ الابن سن الواحدة والعشرين، وإنما يحتفظ القاضى بحرية التقدير فيما بين الخامسة عشرة والواحدة والعشرين (٢٥ يولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٣٧ ص ٢٩٩). ويقرب من هذا حكم محكمة الاستئناف الوطنية المنشور فى صلب حكم محكمة النقض الجنائية فى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عاصم للنقض الجنائى ٢ – ٢٧ – ٢١.

ويرى الدكتور سليمان مرقص أن القانون المدنى القديم لم يكن يحدد سناً معينة تقف عندها مسئولية الأب المفترضة عن ابنه، وقد تقوم هذه المسئولية حتى بعد بلوغ الابن سن الرشد متى كان باقياً تحت رعاية أبيه وفى كنفه (أنظر تعليقة المشار إليه فى مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٨ ص ١٤٩- وانظر تعليقاً آخر له فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٢٣٨ – ص ٣٤٤).

وترى من ذلك أن القاصر إلى سن الخامسة عشرة يجب أن يكون فى رقابة أحد هو المسئول عنه، ويكون الأب [1]، فإن لم يوجد فولى النفس، إلا إذا انتقلت الرقابة اتفاقاً إلى الأم [1] أو إلى غيرها. وبعد أن يبلغ الولد الخامسة عشرة، فإن ظل يعيش فى كنف من يقوم على تربيته بقى هذا مسئولا عنه، إلى أن ينفصل الولد فى معيشة مستقلة أو إلى أن يبلغ سن الرشد.

والولد وهو فى كنف القائم على تربيته يكون فى مرحلة التعليم. فإن ذهب إلى المدرسة انتقلت الرقابة عليه – وقت وجوده بالمدرسة فقط – إلى معلم الفصل ما دام فيه أو إلى رئيس المدرسة ما دام فى المدرسة [2][2]. وإذا كانت المدرسة من مدارس الدولة، كانت الدولة

(١) وقد يكون للأم الرقابة على ولدها إذا كان لا يزال فى سن الحضانة، فمتى انتهت هذه السن بقيت الرقابة للأب وحده. وقد قضت محكمة بورسعيد الجزئية المختلطة بأن الأب دون الأم هو المسئول عن أفعال ولده عندما يبلغ سن التمييز (سبع سنوات)، لأن الأب هو وحده الذى يتولى الرقابة على ولده منذ أن يبلغ هذه السن (١٥ يونية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩١ ص ١٧٧).

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن أم القاصر مسئولة عنه ولو لم تكن هى الوصية عليه (٧ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١١٩ ص ٣٣٢).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بألا خطأ إذا نفى الحكم تقصير الوالد فى ملاحظة ابنه بناء على أن الحادثة التى وقعت من هذا الابن قد حصلت أثناء وجوده فى المدرسة بمنأى عن والده الذى يقيم فى بلد آخر وفى رعاية غيره من القائمين بشؤون المدرسة (نقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسئولية الوالد عن أفعال ابنه المضرة بالغير عنه متى كان ابنه بعيداً عن رقابته، مشمولا برعاية المدرسة التى تتولى أمر تعليمه، فالاعتداء الذى يقع من ابنه أثناء وجوده بالمدرسة بسبب عدم المراقبة والملاحظة لا يجعل الولد مسئولا بطريق التضامن مع إدارة المدرسة لأنها هى المسئولة عن تلاميذها من وقت دخولهم المدرسة إلى وقت انصرافهم (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩). ولا يكون الأب مسئولا ما دام ابنه بعيداً عن رقابته مشمولا برعاية المدرسة، حتى لو كان الاعتداء الصادر من الابن قد وقع على المعلم نفسه الذى انتقلت إليه الرقابة.

ومع ذلك قد تتحقق مسئولية الأب عن خطأ يرتكبه الابن وهو فى المدرسة، إذ كان خطأ الابن مسبوقاً بخطأ ثابت فى جانب الأب. وقد قضت محكمة السين الفرنسية بأنه ولو أن الإبن القاصر يقيم بعيداً عن والده بمدرسة بقسمها الداخلى، إلا أن مسئولية الأب تتحقق إذا ثبت أن العمل الذى ارتكبه الإبن كان مسبوقاً بخطأ ارتكبه الأب نتيجة سوء تربيته، كما لو عود ابنه على استعمال الأسلحة النارية، واشترى له مسدساً، وسمح له بحمله داخل المدرسة، وتقوم مسئولية الأب بجانب مسئولية مدير المدرسة التى ترتبت على عدم رقابة حمل هذا السلاح واستعماله (١٥ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٦٧ ص ١٠٩).

(1) مسئولية الوالد عن الأعمال غير المشروعة التى تقع من ابنه المكلف بتربيته ورقابته – وهى مسئولية مبنية على خطأ مفترض قابلا لاثبات العكس – لا ترتفع إلا إذا أثبت الوالد أنه لم يسئ تربية ولده وأنه قام بواجب الرقابة عليه بما ينبغى من العناية، فإذا كان الحكم المطعون فيه وإن أخذ بدفاع الطاعن – الأب – بأنه قام بتربية ابنه تربية حسنة إلا أنه لم يأخذ بدفاعه الآخر – فى أسباب سائغة – بأنه قام بواجب الرقابة على ابنه بما يلزم من حرص وعناية ورتب على ذلك مسئولية الطاعن عن حصول =

مسئولة عن المعلم أو الرئيس مسئولية المتبوع عن التابع [(1)] . وإن أخذ الولد يتعلم حرفة ، انتقلت الرقابة عليه إلى من يشرف على تعليمه الحرفة مدة وجوده تحت إشرافه . ولا ضرورة لوجود عقد صريح بالتمرين على الحرفة ، فالتمرين الفعلي يستخلص منه عقد ضمني ، وهذه مسألة واقع يترك تقديرها لقاضي الموضوع . ومتى فرغ الولد في يومه من المدرسة أو من تعلم الحرفة ، عادت الرقابة عليه إلى القائم على تربيته وكان هذا هو المسئول عنه [(2)] . ونرى من ذلك أن الولد ما دام في مرحلة التربية يكون دائما تحت الرقابة ، وتنتقل الرقابة عليه من شخص إلى آخر بحسب الأحوال على النحو الذى قدمناه .

وقد يكون القاصر بنتاً تتزوج قبل بلوغ سن الرشد ، فتنتقل الرقابة عليها ممن كان قائماً على تربيتها إلى زوجها ، وهو الذى يكون مسئولا عنها ما دامت قاصراً . فإذا كان الزوج نفسه تقوم عليه الرقابة ، لقصره أو لأى سبب آخر ، فإن متولي الرقابة على الزوج يتولى الرقابة أيضا على الزوجة ، ويكون مسئولا عن كل منهما . فإذا ما بلغ الزوج سن الرشد ولم تبلغها الزوجة ، صار الزوج هو المتولى الرقابة على زوجته .

= الضرر فإن النص على الحكم بالفساد في الاستدلال يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ الطعن ٤٢٦ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٣٠٣)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ الطعن ٤٢٠ لسنة ٤٤ ق)

(2) أ – رئيس المدرسة بوصفه رقيبها الأول يلزم بتعويض الضرر الذى يحدثه القاصر للغير بعمله غير المشروع اثناء وجوده بالمدرسة ، وتقوم هذه المسئولية على خطأ مفترض لصالح المضرور هو الاخلال بواجب الرقابة، ولا يستطيع رئيس المدرسة أن يدرأ مسئوليته إلا إذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة أو اثبت أن الضرر كان لابد واقعا حتى ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى له من حرص وعناية .

(جلسة ١٩٧٥/٣/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٥٤٩)

(جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ الطعن ٦٢٣ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ص ١٧٣٦)

(جلسة ١٩٨٣/١/١٣ الطعن ٥٢٢ لسنة ٤٥ س ٣٤ ص ٢٠٢)

ب – المستفاد من. نص المادة ١٧٣ من القانون المدني أن مسئولية الرقابة مقصورة على ما يحدثه الصغير بالغير ولا تتناول ما يحدثه بنفسه أو يقع عليه من الغير .

(جلسة ١٩٩٩/٦/١٥ الطعنان رقما ٥٣٣ لسنة ٦٨ ق ، ١٥٧ لسنة ٦٩ ق) .

(١) أنظر في مسئولية المدرسين المفترضة ومسئولية الدولة التي تحل محلها في القانون الفرنسي ، ثم في قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ الذى جعل مسئولية المدرس في فرنسا تقوم على خطأ واجب الإثبات لا على خطأ مفترض ، مع حلول الدولة محل مدرسيها في المسئولية في بعض الحالات ، إلى مازو ١ فقرة ٧٨٤ – فقرة ٨٥١ – ٥١ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الوالد مسئول عن ولده القاصر ، ولو كان هذا الولد تلميذاً ، ما دام قد ارتكب العمل خارج المدرسة وفى وقت لم يكن فيه تحت ملاحظة معلمية (٢٩ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ٢٢١ ص ٦١١ – الحقوق ٣٢ ص ٢) .

(٢) البالغ سن الرشد : فإذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة ، حتى لو كان لا يزال في دور التعليم ، وحتى لو بقي يعيش في كنف ذويه . ولا يكون أحد مسئولا عنه ، لا في البيت ولا في المدرسة ولا في الحرفة . ذلك أنه ببلوغه سن الرشد أصبح في غير حاجة إلى الرقابة ، والتزام الرقابة إنما يقوم بقيام الحاجة إليه . وكذلك تتحرر الزوجة من رقابة زوجها ، أو رقابة متولي الرقابة على زوجها ، متى بلغت سن الرشد ، إذ تصبح في غير حاجة إلى الرقابة كما قدمنا .

ومع ذلك قد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد ، رجلا كان أو امرأة . فلو أصيب البالغ سن الرشد بجنون أو بعته أو كان ذا غفلة ، قامت الرقابة عليه لتجدد الحاجة إليها نظراً لحالته العقلية . ويتولى الرقابة في هذه الحالة ولى النفس ، أو الزوج ، أو الزوجة (إذا كان الزوجة هو الموضوع تحت الرقابة) ، أو من تنتقل الرقابة إليه اتفاقاً كمدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو من يقوم بالرقابة من الأقرباء أو غير الأقرباء [(1)] .

كذلك لو أصيب البالغ سن الرشد بمرض أعجزه ، وجعله في حاجة إلى الرقابة نظراً لحالته الجسمية ، كأن كف بصره أو صار مقعداً أو أصيب بالشلل ، تولى الرقابة عليه اتفاقاً من يتولى الإشراف على شؤونه الشخصية ، من زوج أو زوجة أو قريب أو مدير مستشفى أو طبيب أو ممرض أو نحو ذلك . ويكون هذا مسئولا عنه ما بقى في رقابته .

٢ – صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة

٦٦٨ – العمل غير المشروع يقع ممن هو تحت الرقابة ، لا يقع عليه : فإذا قام الالتزام بالرقابة وتحدد طرفاه – متولى الرقابة والخاضع للرقابة – وجب لتحقق مسئولية متولى الرقابة أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة : الولد أو التلميذ أو صبى الحرفة أو المجنون أو الأعمى أو نحو ذلك .

والعمل غير المشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة [(1)] ، لا أن يقع عليه .

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا ارتكب المجنون جرماً كان والده مؤاخذاً مدنياً عن عمله (١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤١ ص ٧٥) – وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الزوج يسأل عن زوجته وهي تسوق السيارة وهو إلى جانبها ، وكان يستطيع أن يحد من سرعتها (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٧ – هذا ويجوز أن تكون مسئولية الزوج هى مسئولية المتبوع عن تابعه، وبخاصة إذا لم تكن الزوجة قاصرا) .

(1) إذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بمسئولية الاب عن خطأ ابنه الذى كان يبلغ تسع سنوات وقت الحادث على أساس أن الخطأ وقع في حضوره وأنه أهمل في رقابة ابنه اذ شاهده في الطريق قبل وقوع الحادث يلهو بلعبه «النبلة» وهى أداة الفعل الذى سبب الضرر ، دون أن يتخذ الحيطة لمنعه من ممارسة هذه اللعبة بل تركه يلهو بها مع ما في استعمالها من خطر وقد تحقق فعلا فأصيب المطعون ضده في احد عينيه ، وكانت الظروف التي وقع فيها الحادث على هذا النحو تؤدى إلى ما انتهى اليه الحكم من وصف اللعبة بأنها خطرة ما دام من شأنها – في مثل هذه الظروف – حدوث الخطر من مزاولتها . فان الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ الطعن ٤٢٦ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٣٠٣)

أما إذا وقع عليه فليست هناك مسئولية مفترضة . مثل ذلك أن يصيب أجنبي تلميذاً بالأذى في وقت يكون فيه التلميذ في رقابة رئيس المدرسة ، فلا يكون هذا الرئيس مسئولا عن خطأ الأجنبي إلا في حدود القواعد العامة للمسئولية ، فيجب إذن إثبات خطأ في جانب الرئيس حتى يكون مسئولا . كذلك لا يكون الرئيس مسئولا إلا على أساس خطأ يجب إثباته في جانبه إذا كان التلميذ قد ألحق الأذى بنفسه ، لأن العمل غير المشروع في هذه الحالة إذا كان قد أحدث ضرراً فقد وقع هذا الضرر على التلميذ لا منه (1) .

فالواجب إذن البدء بإثبات خطأ في جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقاً للقواعد العامة، حتى تتحقق مسئولية هذا الشخص . وقد تتحقق مسئوليته في بعض الحالات عن طريق افتراض خطأ في جانبه ، كما لو كان يسوق سيارة فدهس أحد العابرة ، فهو مسئول عن خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ومتولي الرقابة عليه مسئول عنه على أساس خطأ مفترض افتراضا يقبل إثبات العكس . فإذا ما تحققت مسئولية الخاضع للرقابة على أساس خطأ ثابت أو على أساس خطأ مفترض ، قامت إلى جانبها مسئولية متولي الرقابة . ونرى من ذلك أن المسئولية الثانية لا تجب المسئولية الأولى ، ولكن تقوم إلى جانبها .

٦٦٩ – حالة ما إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز : وقد يكون الخاضع للرقابة غير مميز – صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً – فكيف يمكن إثبات وقوع عمل غير مشروع منه وهو

(1) هذا ما لم يعتبر رئيس المدرسة مسئولا عن سلامة التلاميذ مسئولية عقدية ، فيكون مسئولا عما يلحقه التلميذ من الأذى بنفسه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . ويعتبر رئيس المدرسة مسئولا عن سلامة التلاميذ بوجه خاص في أثناء الرحلات المدرسية .

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٣ ص ١١٦٦) بأن إدارة المدرسة التي ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلتزم قبل أهليهم برعايتهم، وعلى ذلك فهي ضامنة سلامتهم وردهم إليهم ، وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم في هذه الرحلة مسئولية عقدية تترتب عليها بمجرد إصابتهم ، وعليها هي يقع عبء إثبات عذرها ، بأن تثبت أن مندوبيها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضي، وأن تقصيراً لم يقع منهم، وأن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ويلاحظ في شأن هذا الحكم أن المحكمة عندما طالبت إدارة المدرسة بنفي المسئولية لم تكن واضحة في تعيين الأمر الذي يطلب من الإدارة إثباته . فقد ذكرت أن الإدارة تثبت أن مندوبيها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضي وأن تقصيراً لم يقع منهم . وهذا لا يكفي ، فالمسئولية عقدية ولا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي ، لا بمجرد نفي الخطأ . والذي ينتفي بمجرد نفي الخطأ هو المسئولية عن الضرر الذي يقع من التلميذ لا الضرر الذي يقع عليه . ولكن المحكمة ذكرت بعد ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت أن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ومعنى ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت القوة القاهرة ، والقوة القاهرة سبب أجنبي تنتفي به المسئولية العقدية . ويمكن تخريج حكم المحكمة على هذا الوجه ، لولا التضارب الذي ورد في عباراتها (أنظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٤ – ص ٣٤٦) .

وهو لا يجوز في حقه الخطأ لانعدام التمييز فيه ؟ نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٣ صريح في هذه المسألة إذ يقول : «ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز» . والخطأ الذي وقع هنا من غير المميز هو خطأ قام ركنه المادي أي ركن التعدي ، دون ركنه المعنوي أي ركن التمييز . ولذلك وصفه النص «بالعمل الضار» دون العمل غير المشروع أو الخطأ .

والذي يلفت النظر في مسئولية متولي الرقابة عن أعمال غير المميز أنها ، خلافاً للمسئولية عن أعمال المميز ، مسئولية أصلية لا تبعية . ذلك أن مسئولية متولي الرقابة عن أعمال المميز هي مسئولية تبعية ، تقوم بقيام مسئولية الشخص الموضوع تحت الرقابة . أما إذا كان هذا غير مميز ، فلا يمكن القول في هذه الحالة إن مسئوليته قد تحققت فتتحقق تبعاً لها مسئولية متولي الرقابة . بل الواجب أن يقال إن مسئولية متولي الرقابة هنا هي مسئولية أصلية قامت مستقلة ، وأساسها خطأ مفترض في جانب المسئول . ولا تستند هذه المسئولية إلى مسئولية غير المميز ، فإن هذا كما رأينا لا يكون مسئولا إلا مسئولية موضوعية مخففة عند تعذر الرجوع على متولي الرقابة (م ١٦٤ فقرة ٢) (1) .

المطلب الثاني

الأساس الذي تقوم عليه مسئولية متولي الرقابة

٦٧٠ – مسائل أربع : متى تحققت مسئولية متولي الرقابة على النحو الذي قدمناه،

(1) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «وينص المشروع على أن مسئولية الشخص عما يقع ممن نيطت به رقابتهم تظل قائمة ، ولو كان محدث الضرر غير مميز . وهو بذلك يقرر الحكم المتبع في ظل التقنين الحالي . بيد أنه رؤي من الأنسب أن ينص صراحة على هذا الحكم ، إذ قد يكون في عدم تمييز الفاعل الأصلي ، وارتفاع مسئولية تفريعاً على ذلك ، مدخل للشك عند التطبيق ، باعتبار أن المسئولية التبعية لا تقوم إلا مستندة إلى مسئولية أصلية . ولكن الواقع أن مسئولية المكلف بالرقابة في هذه الحالة ليست من قبيل المسئوليات التبعية ، بل هي مسئولية أصلية أساسها خطأ مفترض ، وهي بهذه المثابة مسئولية شخصية أو ذاتية . أما غير المميز فهو الذي تقع على عاتقه مسئولية مادية أو موضوعية يتحقق فيها معنى التبعية عند تعذر رجوع المصاب بالتعويض على المكلف بالرقابة ، وهو المسئول بطريق الإصالة مسئولية ذاتية أو شخصية» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٧) .

وقد رأينا فيما قدمناه أن متولي الرقابة لا يكون مسئولا عن عمل غير المميز إلا إذا كان هذا العمل قد استوفى الركن المادي للخطأ وهو التعدي ، دون الركن المعنوي وهو التمييز . فالعمل المشروع الذي يصدر من عديم التمييز لا يوجب مساءلة متولي الرقابة ، لأن هذا العمل ليس بتعد . وإنما تقوم مسئولية متولي الرقابة إذا كان العمل الصادر من عديم التمييز يعتبر خطأ لو أنه كان صادراً من شخص مميز، وعلى هذا الوجه يستوفي العمل الصادر من عديم التمييز الركن المادي للخطأ دون الركن المعنوي (أنظر في هذا المعنى تعليقاً للدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٧ – ص ٣٣٨) .

قامت مسئوليته على أساس خطأ مفترض (١). والافتراض هنا قابل لإثبات العكس. فيستطيع متولى الرقابة أن يرفع المسئولية عنه بنفى الخطأ. ويستطيع كذلك رفع المسئولية بنفى علاقة السببية، بأن يثبت السبب الأجنبى. فإذا لم ينف علاقة السببية ولم ينف الخطأ تحققت مسئوليته، ولكن هذه المسئولية كما رأينا لا تجب مسئولية الشخص الخاضع للرقابة وهو الذى صدر منه العمل غير المشروع.

فعلينا إذن أن نعالج مسائل أربعا: (١) ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة (٢) كيف ينفى هذا الخطأ المتفرض (٣) كيف ينفى علاقة السببية (٤) أثر قيام المسئوليتين فى وقت واحد: مسئولية متولى الرقابة ومسئولية الخاضع للرقابة.

٦٧١ – ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة: الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة (١). فالمفترض إذن هو عدم قيام متولى الرقابة بهذا الواجب بما ينبغى من العناية. فإذا ارتكب القاصر مثلا عملا غير مشروع، افترضنا أن من يتولى الرقابة عليه قد قصر فى رقابته، فمكنه بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل. ويتسع افتراض الخطأ لمدى أبعد، فيفترض أيضاً أن متولى الرقابة قد أساء تربية الشخص المعهود إلى رقابته، فهيأ له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع (٢).

ونرى من ذلك أن القاصر مثلا إذا ارتكب عملا غير مشروع، وكان يتولى الرقابة عليه ويقوم على تربيته هو أبوه، فالمفروض أن الأب إما أن يكون قصر فى رقابة ولده، أو أنه أساء

---

(١) ومع ذلك فقد كان القانون المدنى القديم أقل وضوحا فى إقامة المسئولية على خطأ مفترض. ومن ثم قضت بعض الأحكام فى عهد هذا القانون بأن مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض، من ذلك ما قضت محكمة الاستئناف المختلطة من أنه لا يوجد خطأ مفترض فى جانب متولى الرقابة، بل يجب إثبات خطأ الأب إذا كان ابنه القاصر قد اختلس رخصة قيادته (٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ – وانظر أيضا: استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦ – وفى ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٤٨). فإذا ترك الأب السيارة لأبنه الصغير بالرغم من أن هذا لا يتقن فن قيادة السيارات، ارتكب الأب خطأ ثابتاً لا خطأ مفترضاً (استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٣).

أما القانون المدنى الجديد فهو قاطع فى التصريح بأن مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ مفترض.

(٢) أنظر فى هذا المعنى مازو ١ فقرة ٧٧٦٧. ويتبين من ذلك أن مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ شخصى فى جانبه، فهى ليست مسئولية عن الغير كمسئولية المتبوع عن التابع، بل هى مسئولية ذاتية قامت على خطأ شخصى افترضنا أن متولى الرقابة قد ارتكبه فعلا.

(١) مسئولية المكلف بالرقابة لا تنتفى إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب، وإذ نفت محكمة الموضوع فى حدود سلطتها الموضوعية كلا الأمرين بأسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها فأنها لا تكون قد خالفت القانون.

(جلسة ١٩٦٣/٦/٣٠ الطعنان رقما ٢٠٩، ٢٢٢ لسنة ٢٨ ق السنة ١٤ ص ٨٨٩)

(جلسة ١٩٦٧/١/١٩ الطعن ٢١ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ١٣٧)

تربيته، أو أنه ارتكب الخطأين معاً: قصر فى الرقابة وأساء التربية.

ويلاحظ أن افتراض هذا الخطأ لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين متولى الرقابة والمضرور فهو افتراض قرره القانون لصالح المضرور تجاه متولى الرقابة، ولا يجوز أن يقوم ضد الشخص الخاضع للرقابة. ومن ثم لا يجوز لا للمضرور ولا لمتولى الرقابة أن يحتج به قبل الشخص الخاضع للرقابة، بل يجب للرجوع على هذا إثبات خطأ فى جانبه (١).

ويلاحظ أيضاً أنه لا مانع من اجتماع هذه المسئولية القائمة على خطأ مفترض والمسئولية القائمة على خطأ واجب الإثبات. فيجوز للمضرور ألا يعتمد على الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة، ويتقدم هو لإثبات خطأ فى جانبه، فيمنعه بذلك من نفى الخطأ المفترض. كذلك لا مانع من اجتماع هذه المسئولية ومسئولية المتبوع عن التابع. فإذا عمل قاصر فى خدمة شخص وارتكب خطأ أضر بالغير، قام إلى جانب مسئوليته القائمة على خطأ ثابت مسئوليتان أخريان الخطأ فى كل منهما مفترض: مسئولية والد القاصر وتقوم على خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس كما رأينا، ومسئولية المخدوم الذى يعمل القاصر فى خدمته وتقوم فى بعض الآراء على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس كما سنرى. ويجوز للمضرور أن يرجع على كل من متولى الرقابة والمخدوم بكل التعويض، ومن دفع منهما التعويض رجع بنصفه على الآخر. وهذا كله دون إخلال برجوع كل منهما على القاصر بما دفعه للمضرور.

٦٧٢ – كيف ينفى متولى الرقابة الخطأ المفترض: رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ تنص على ما يأتى: «ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة». فالخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو إذن خطأ مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس. ويستطيع متولى الرقابة – وهو الذى يحمل عبء الإثبات ما دام الخطأ مفترضاً فى جانبه – أن ينفى هذا الخطأ عنه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية، وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة ليمنع من نيطت به رقابته من الإضرار بالغير. فإن فعل ذلك، انتفى الخطأ المتفرض فى جانبه، وارتفعت عنه المسئولية (٢).

على أن القيام بواجب الرقابة يشمل كما رأينا إحسان التربية، وبخاصة إذا كان متولى الرقابة أباً أو أماً. وينبنى على ذلك أنه لا يكفى أن يثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة باتخاذ الاحتياطات المعقولة، فلا يزال افتراض أنه إساء تربية ولده قائماً فى جانبه، ولا يلزم المضرور

---

(١) وهذا ما لم يقم فى جانب الشخص الخاضع للرقابة خطأ مفترض من نوع آخر، كما لو كان يسوق السيارة فدهس أحد العابرة، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك.

(٢) ومما يتنافى مع اتخاذ الاحتياطات المعقولة أن يغيب الأبوان ويتركا ولدهما وحيداً، أو أن يرخصا له فى أن يمارس ألعابا خطرة، أو أن يتركاه يقود دراجة أو سيارة من قبل أن يتقن القيادة (انظر مازو ١ فقرة ٧٧٤ – فقرة ٧٧٧).

أن يثبت أن الأب أساء التربية ، بل الأب هو الذى يثبت أنه لم يسئ تربية ولده [1] . وجملة القول إن متولى الرقابة عليه أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيراً في الرقابة في خصوص الخطأ الذى صدر ممن هو في رقابته ، وأنه بوجه عام لم يسئ تربيته [أ] .

٦٧٣ – كيف ينفى متولى الرقابة علاقة السببية : وليس الخطأ في جانب متولى الرقابة هو وحده المفترض ، بل تفترض معه أيضاً علاقة السببية ما بين هذا الخطأ المفترض وبين العمل غير المشروع الذى صدر ممن هو تحت الرقابة . ذلك أنه إذا لم تفترض علاقة السببية تبعاً لافتراض الخطأ ، لكان افتراض الخطأ عبثاً لا يجدى . فإن المضرور إذا أعفى من إثبات الخطأ في جانب متولى الرقابة ، ثم طولب بإثبات علاقة السببية ما بين هذا الخطأ والعمل غير المشروع الذى وقع ممن قامت عليه الرقابة ، لا ضطر وهو في صدد إثبات علاقة السببية أن يثبت الخطأ أيضاً ، إذ تقضى طبيعة الأشياء أن من يثبت العلاقة ما بين أمرين يثبت في الوقت ذاته الأمرين اللذين تقوم العلاقة بينهما . فنكون قد بدأنا بإعفاء المضرور من أثبات الخطأ ، ثم طالبناه بعد ذلك بإثباته ، فسلبناه باليسار ما أعطيناه باليمين [2] .

فعلاقة السببية إذن مفترضة ، لا يكلف المضرور بإثباتها ، ومتولى الرقابة هو الذى يكلف بنفيها . والنص صريح في هذا المعنى ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ في عبارتها الأخيرة إن المكلف بالرقابة يستطيع أن يتخلص من المسئولية إذا هو «أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قا م بهذا الواجب بما ينبغى من العناية» . ويكفى في ذلك أن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض في جانبه . فوقوعه ، بالنسبة إلى

(١) وقد قضت محكمة أسيوط الكلية في هذا المعنى بأن المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى أباحت للآباء دره المسئولية عن أعمال أبنائهم إذا أقاموا الدليل على أنه ما كان في استطاعتهم منع الحادث الذى سبب الضرر . ومن المتفق عليه في ذلك أنه مع هذه الإباحة فإن مسئولية الآباء تظل قائمة إذا حصل منهم خطأ سابق للحادثة ولولاه لما وقعت ، كسوء التربية والتغاضى عن هفوات الأبناء وإظهار جانب اللين لهم . وأن نص المادة ١٥١ من القانون المدنى المصرى (القديم) لم تذكر شيئاً عن هذه الإباحة ، ولهذا يجب الرجوع لنص المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى التى ذكرت تفصيلا شروط مسئولية الآباء عن أفعال أبنائهم . على أنه ما دام أن مبنى المسئولية هو واجب التربية والمراقبة، فلا محل لمسئوليتهم متى تبين أنهم قاموا بأداء هذين الواجبين على الوجه الأكمل (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٢ ص ٤٢٥) .

(٢) أنظر في هذا المعنى مازو ١ فقرة ٧٦٩ .

(أ) يستطيع متولى الرقابة أن ينفى الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية وانه اتخذ الاحتياطيات المعقولة له ليمنع من نيطت به رقابته من الاضرار بالغير وأنه بوجه عام لم يسئ تربيته فان فعل انتفى الخطأ المفترض في جانبه وارتفعت عنه المسئولية كما يستطيع أيضا أن ينفى مسئوليته بنفي علاقة السببية باثبات أن الضرر كان لا محالة واقعا ولو قام بما يفرضه عليه القانون من واجب الرقابة بما ينبغي من العناية .

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ الطعن ٤٢٠ لسنة ٤٤ ق س ٢٨ ص ١٨١٥)

متولى الرقابة لا بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة [1] ، كان بسبب أجنبى ، بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، وكان من شأن هذا أن قطع الصلة ما بين التقصير المفترض في جانب متولى الرقابة وبين الضرر الذى أصاب المضرور، بأن كان هذا الضرر يقع حتى لو اتخذ متولى الرقابة كل الاحتياطات المعقولة لمنعه؛ فلم يكن الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة هو السبب في حدوث الضرر . مثل ذلك أن يقع الحادث الذى سبب الضرر وقوعاً مفاجئا بحيث لم يكن من الممكن توقعه ولا من المستطاع تلافيه [2][أ] .

(١) أما إذا كان الضرر قد وقع بسبب أجنبى بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة ، فإن مسئولية هذا لا تتحقق ، ولا تقوم تبعاً لذلك مسئولية متولى الرقابة .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدرت محكمة الموضوع ظروف الحادث الذى وقع من تلميذ داخل المدرسة، وقررت ألا مسئولية على ناظر المدرسة فيه لأنه وقع مفاجأة ، فإنها بذلك تكون قد فصلت في نقطة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها ... أما الزعم بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها في القانون المصرى (القديم) سبباً معفياً من المسئولية المدنية ما دام لم ينص عليها فيه ، فذلك لا يعبأ به ، إذ الأمر ليس بحاجة إلى نص خاص ، بل يكفى فيه تطبيق مبادئ القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث الذى أنتج الضرر . وبغير ذلك لا يمكن الحكم بالتعويض على مرتكب الخطأ. والقول بحصول الحادث مفاجأة معناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة إذ ما كان يمكن تلافيه بحال . ومفهوم ذلك بداهة أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادث، بل كان وقوعه محتملا ولو مع الرقابة الشديدة (نقض في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسئولية المربى ترتفع إذا حصل الحادث فجأة، وإنما يشترط في ذلك أن يكون عدم استطاعة تلافيه غير ناجة عن إهمال (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩) . وقضت هذه المحكمة أيضا بأنه يجب لاعتبار مسئولية الأب عن فعل ابنه الذى هو تحت رعايته قائمة أن يثبت مبدئياً حصول الخطأ من هذا الابن ، وأن يكون هذا الخطأ نتيجة لعدم ملاحظته ، أو بعبارة أخرى يشترط قيام الارتباط بين خطأ الأب في ملاحظة ابنه والحادث الذى وقع منه . ويقع عبء إثبات انعدام رابطة السببية بين الخطأ والحادث على عاتق الأب (استئناف مصر الوطنية في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥) . وقضت محكمة الزقازيق الكلية بألا مسئولية إلا إذا كان هناك إهمال أو تقصير في الرقابة وكانت هناك علاقة ارتباط مباشر بين الخطأ والحادث الذى يطلب عنه التعويض . فإذا كان الحادث ليس متوقعا ولا ممكناً تلافيه ولا التكهن بوقوعه لسرعة حصوله وعدم وجود مقدمات له ، أو كان مباغتة والمراقبة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث، فلا تكون هناك مسئولية (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٤٢ ص ٧٤٠).

هذا ويلاحظ أنه إذا أثبت المضرور خطأ في جانب متولى الرقابة ، استغنى بذلك عن المسئولية القائمة على خطأ مفترض ، وعاد إلى القواعد العامة في المسئولية ، ولا يجدى متولى الرقابة في هذه الحالة أن يتمسك بأن الحادث الذى هو محل المساءلة كان نتيجة ظرف فجائى . وقد قصدت محكمة النقض إلى تقرير هذا المبدأ عند ما قضت بأنه ليس للمعلم أن يتمسك بأن الحادثة التى هى محل المساءلة كانت نتيجة ظرف فجائي ليتخلص من المسئولية إلا إذا ثبت أنه قام بواجب المراقبة المفروضة عليه . ومن الخطأ تخلى المعلم عن هذه المراقبة وعهده بها إلى تلميذ عمره سبع سنوات (نقض مدنى في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٥ ص ٢٣٠) . وعبارة الحكم غير دقيقة، والمقصود أنه لا يجوز التمسك بأن الحادث كان نتيجة ظرف مفاجئ إذ أثبت المضرور تقصيراً في جانب متولى الرقابة . =

ويخلص من ذلك أن متولى الرقابة ترتفع عنه المسئولية بأحد أمرين ، إما بأن ينفى الخطأ المفترض في جانبه فينعدم ركن الخطأ . وإما بأن يثبت السبب الأجنبى على النحو الذى قدمناه فينعدم ركن السببية . وفى الحالتين يبقى من أحدث الضرر ، وهو من قامت عليه الرقابة ، مسئولا عن العمل غير المشروع الذى صدر منه ، وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية[1] .

٦٧٤ – قيام مسئولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسئولية متولى الرقابة :

وغنى عن البيان أن قيام مسئولية متولى الرقابة على النحو الذى بيناه لا يمنع من أن تقوم إلى جانبها مسئولية الشخص الخاضع للرقابة ، وهو الشخص الذى صدر منه العمل غير المشروع. ويستطيع المضرور إذن أن يرجع على من ارتكب الخطأ بالذات إن كان عنده مال ، فإن استوفى منه كل التعويض المستحق فلا رجوع له بعد ذلك على متولى الرقابة . وإذا رجع على متولى الرقابة واستوفى منه كل التعويض ، فلا رجوع له بعد ذلك على من ارتكب الخطأ[2] . والذى تجب مراعاته هو ألا يستولى المضرور على تعويضين عن ضرر واحد ، بل

= وعلى هذا الأساس تقوم وقائع القضية ، فقد كلف المعلم تلميذاً عمره سبع سنوات بمراقبة التلاميذ وكتابة اسم من يحدث ضجة منهم ، فلما كتب اسم أحد التلاميذ تغيظ هذا منه ، وقذفه بسن ريشة أفقدت عينه اليمنى الإبصار ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ ثابتاً فى جانب المعلم ، إذ عهد لتلميذ فى هذه السن بالمراقبة ، فلا يجدى المعلم أن يتمسك بأن الحادث مفاجئ ما دام قد ثبت خطأ فى جانبه (أنظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩ العددين الأول والثانى) .

(أ) ما دام الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن المفاجأة – المدعاة – لم تكن من شأنها نفى علاقة السببية المفترضة بين الخطأ المفترض فى جانب المكلف بالرقابة وبين الضرر فإنه اذ لم يعتبر دفاع الطاعن بحصول الفعل الضار مفاجأة سببا لاعفائه من المسئولية المقررة بالمادة ١٧٣ من القانون المدنى . (جلسة ١٩٧٦/١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٣٧)

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «فإذا أقيم الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضار ترتبت مسئوليته وفقاً لأحكام القواعد العامة . أما من نيطت به الرقابة عليه فيفترض خطؤه باعتبار أنه قصر فى أداء واجب الرقابة . ولكن يجوز له ، رغم ذلك ، أن ينقض هذه القرينة بإحدى وسيلتين : فإما أن يقيم الدليل على انتفاء الخطأ من ناحيته ، بأن يثبت أنه قام بقضاء ما يوجبه عليه التزام الرقابة وأن خطأ من أحدث الضرر يرجع إلى سبب غير معلوم لا ينبغى أن يتحمل تبعته، وفى هذا الوضع تكون قرينة افتراض الخطأ قرينة غير قاطعة تنقض بإثبات العكس . وإما أن يترك قرينة الخطأ قائمة ، وينفى علاقة السببية ، بأن يقيم الدليل على أن الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بواجب الرقابة بما ينبغى له من حرص وعناية . وفى كلتا الحالتين ترتفع عنه المسئولية ، إما بسبب انتفاء الخطأ ، وإما بسبب انتفاء علاقة السببية . وبديهى أن الفاعل الأصلى ، وهو من وقع منه الفعل الضار، تظل مسئوليته قائمة وفقاً لأحكام القواعد العامة» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٨).

(٢) ويجوز أن يرجع على الاثنين معاً . بل يجوز أن يفعل ذلك فى محكمة أول درجة ثم يقتصر فى الاستئناف على أحدهما فلا يختصم إلا متولى الرقابة مثلا (استئناف مختلط فى ٢٥ يناير سنة ١٨٩٦ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٥٥) .

يستوفى تعويضا واحداً ، إما من متولى الرقابة ، وإما ممن ارتكب الخطأ ، وإما منهما معاً مسئولين أمامه بالتضامن .

ويغلب أن يرجع المضرور على متولى الرقابة لأنه هو الملئ . لكن يجوز للمضرور أن يرجع على من ارتكب الخطأ كما قدمنا ، وفى هذه الحالة لا يرجع من ارتكب الخطأ بشئ على متولى الرقابة ، لأن الخطأ الذى أوجب المساءلة هو خطأ الأول لا خطأ الثانى. أما إذا رجع المضرور على متولى الرقابة ، جاز لهذا أن يرجع على من ارتكب الخطأ . فإن كان من ارتكب الخطأ مميزاً رجع عليه متولى الرقابة بكل ما دفعه ، ولا يقسم التعويض بينهما لأن الخطأ هو خطأ الأول كما سبق القول . وإن كان غير مميز ، فلا رجوع لمتولى الرقابة عليه بشئ ، لأن عديم التمييز غير مسئول عن الخطأ ، ولا تترتب فى ذمته إلا مسئولية مخففة نحو المضرور لا نحو متولى الرقابة بشروط بيناها فيما تقدم ، ويعتبر متولى الرقابة فى هذه الحالة هو المسئول الأصلى . وهذا هو الذى تعنيه المادة ١٧٥ من القانون المدنى الجديد. إذ تنص على ما يأتى : «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر»[1] . والمسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع . وسنرى

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بالقدر الذى يكون فيه هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر» . وقد أقرت لجنة المراجعة النص على أصله ، وأصبح رقمه المادة ١٧٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «فى الحدود» بكلمة «بالقدر» ، وأصبح رقم المادة ١٧٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢١ – ص ٤٢٢) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : «إذا ترتبت مسئولية الشخص عن عمل غيره ، انطوى هذا الوضع على وجود شخصين يسألان عن ذات الدين مع اختلاف الخطأ المنسوب إلى كل منهما ، أولهما محدث الضرر ويسأل بناء على خطأ ثابت يقام الدليل عليه، والثانى هو المسئول عنه (وهو المكلف بالرقابة أو المتبوع) ويسأل على أساس الخطأ المفروض . ومؤدى ذلك أن كليهما يلزم بالدين ذاته إلزاما مبتدأ دون أن يكونا متضامنين فى أدائه (المؤلف: الصحيح أنهما متضامنان) ، باعتبار أن أحدهما مدين أصلى والآخر مدين تبعى أو احتياطى . فإذا رجع المضرور على محدث الضرر واستوفى منه التعويض الواجب ، وقفت المسألة عند هذا الحد ، لأن وفاء المدين الأصلى بالدين يبرئ مسئولية المدين التبعى أو الاحتياطى عنه . بيد أن المضرور غالباً ما يؤثر الرجوع على المدين الاحتياطى ، إذ يكون أكثر اقتداراً أو يساراً . ومتى قام هذا المدين بأداء التعويض، كان له أن يقتضيه ممن أحدث الضرر . ذلك أن هذا الأخير هو الذى وقع منه الفعل الضار ، فهو يلزم قبل المسئول عنه بأن يؤدى إليه ما احتمل من التعويض من جراء هذا الفعل ، ويماثل هذا الوضع مركز المدين الأصلى من الكفيل . على أن هذه الأحكام لا تطبق إلا حيث يتوافر التمييز فى محدث الضرر، كما فرض هذا فى الصورة المتقدمة . فإذا فرض على النقيض من ذلك أن محدث الضرر غير أهل للمساءلة عن عمله غير المشروع ، فليس للمسئول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه ، لأنه يكون فى هذه الحالة مديناً أصلياً ، وينعكس الوضع فلا يلزم من وقع منه الفعل الضار إلا بصفة تبعية أو احتياطية، كما تقدم بيان ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢١ – ص ٤٢٢) .

أن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض ، أما متولى الرقابة فقد رأينا أنه يرجع على المميز ، ولا يرجع على غير المميز ، وهذه هي حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التي أشار إليها النص .

المبحث الثانى

مسئولية المتبوع عن التابع (*)

(Responsabilité du commentant du fait de son préposé)

٦٧٥ – النصوص القانونية: كان القانون المدنى القديم ينص فى المادتين ٢١٤/١٥٢ على ما يأتى :

«يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشئ عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم فى حالة تأدية وظائفهم» .

وكان هذا النص يعيبه أنه لم يحدد علاقة التبعية ، وأنه يضيق عن أن ينتظم جميع أعمال التابع التى يكون المتبوع مسئولا عنها .

فجاء القانون المدنى الجديد وأصلح هذه العيوب ، إذ نص فى المادة ١٧٤ على ما يأتى:

«١ – يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها» .

«٢ – وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه»[(١)] .

(*) بعض المراجع : زنجير (Zingher) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ – فان دن درايشه (Van den Dreische) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ – دالان (Dallant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ – الدكتور حلمى بهجت بدوى رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ – راديفرنسكو (Raduvernesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ – فلور (Flour) رسالة من كان ١٩٣٣ – برتران (Bertrand) رسالة من إكس سنة ١٩٣٥ – الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٠ – فقرة ٣٥٣ – مصطفى مرعى بك فقرة ١٩٣ – فقرة ٢٣٤ – الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥٠٤ – فقرة ٥٠٩ – الدكتور سليمان مرقس فقرة ٨٨ – فقرة ١٠٠ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا فى المادة ٢٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التى عهد بها إليه ، ويكون مسئولا كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع فى ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ – تقوم علاقة التبعية حتى لو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه ، ما دامت له سلطة فعلية فى الرقابة عليه وفى توجيهه ، وما دام يملك أمر فصله . ٣ – ولا يستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسئولية إلا إذا أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر» .
=

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد تجنب العيبين اللذين أشرنا إليهما فى القانون القديم . فوسع من دائرة الأعمال التى يسأل عنها المتبوع ، إذ ذكر أنها الأعمال التى تقع من التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها ، وفى هذا لم يفعل القانون الجديد إلا أن يسجل ما جرى عليه القضاء المصرى فى هذه المسألة . ثم حدد علاقة التبعية بأنها تقوم على سلطة فعلية فى الرقابة والتوجيه ، ولا تقوم ضرورة على حق الاختيار، وهذا أيضا ما كان القضاء المصرى يجرى عليه ، ولم يزد القانون الجديد على أن سجله .

فنصوص القانون الجديد فى هذا الموضوع، وإن كانت أدق وأكثر وضوحاً من نصوص القانون القديم ، لم تستحدث جديداً ، بل اقتصرت على تسجيل الأحكام التى أقرها القضاء المصرى .

ونبحث هنا ، كما بحثنا فى مسئولية متولى الرقابة ، أمرين : (١) متى تتحقق مسئولية المتبوع عن التابع (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية المتبوع

٦٧٦ – شرطان : تتحقق المسئولية إذا قامت علاقة تبعية ما بين شخصين متبوع وتابع،

= وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : «١ – يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع إذ كان هذا العمل داخلا فى أعمال الوظيفة التى عهد بها إليه ، ويكون مسئولا كذلك إذا كانت الوظيفة هى التى هيأت للتابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ – وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه وكان يملك أمر فصله . ٣ – ويستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسئولية إذا أثبت أنه لم يكن فى مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر» . وقد أثار أحد أعضاء اللجنة مسألة مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز، فأجيب بأنه ما دامت المسئولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز . (المؤلف : سنرى أن المتبوع يكون مسئولا حتى لو كان غير مميز) . وأصبح رقم المادة ١٧٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى : «يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها» ، وقد آثرت اللجنة أن تنسج على منوال القانون القديم فى التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج فى تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون القديم . وحذفت من الفقرة الثانية عبارة «وكان يملك أمر فصله» لأن مسألة الفصل لا تعتبر عنصراً لازما من عناصر رابطة التبعية ، فأحياناً لا يكون أمر الفصل راجعا إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسئولية ، كما هو الشأن فى المجندين تجنيداً إجبارياً أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات . وحذفت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة لأن حكمها يقضى إلى جعل قرينة المسئولية من قبيل القرائن البسيطة فى هذه الحالة ، ولا محل للعدول عما قرره القانون الحالى من جعل هذه القرينة قاطعة لا تسقط بإثبات العكس . وأصبح رقم المادة ١٧٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٢ – ص ٤٣٠) .

وارتكب التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضرراً .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) علاقة التبعية (٢) خطأ التابع فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

١ - علاقة التبعية

(lien de préposition)

٦٧٧ - عنصران : تقوم علاقة التبعية فى كثير من الحالات على عقد الخدمة. ولكنها لا تقتضى حتما وجود هذا العقد ، بل هى لا تقتضى أن يكون التابع مأجوراً من المتبوع على نحو دائم ، أو أن يكون مأجوراً على الإطلاق . فلا ضرورة إذن ، فى قيام علاقة التبعية، أن يكون هناك أجر يعطيه المتبوع للتابع ، بل لا ضرورة لأن يكون هناك عقد أصلا بين الاثنين.

وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ من القانون المدنى الجديد ما هو المقصود بعلاقة التبعية ، إذ نصت على ما يأتى : «وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه» . فعلاقة التبعية تقوم إذن على هذه السلطة الفعلية فى الرقابة والتوجيه التى تثبت للمتبوع على التابع (١) (أ) .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يضيف حق الفصل . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حيث تقول : «فيراعى أن المشروع حدد علاقة التبعية تحديداً بيناً . فليس فى طبيعة الأشياء ما يحتم قيام هذه العلاقة على حرية المتبوع فى اختيار تابعه ، فقوامها ولاية الرقابة والتوجيه وما تستتبع عند الاقتضاء من إعمال حق الفصل» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . و... رأينا فيما تقدم أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت حق الفصل من معيار علاقة التبعية لأنه ليس عنصراً ضرورياً من عناصرها ، فقد لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسئولية ، كما هو الشأن فى المجندين تجنيداً إجبارياً أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين عن كل هيئة من الهيئات .

وقد ذهبت محكمة النقض فى عهد القانون القديم ، فى بعض أحكامها ، إلى الأخذ بحق الاختيار وحق التأديب والفصل فى الخدمة لتحديد علاقة التبعية ، فقضت بأن ضمان السيد قانوناً يقوم على مظنة خطئه فى اختيار خادمه وفى مراقبته إياه بما له عليه من حق التأديب والفصل فى الخدمة، فتبعية الخفراء لوزارة الداخلية ترجع إلى أنها مرجع تعيينهم ، وهى التى تتولى تعليمهم وتراقبهم ، كما أن لها عليهم حق التأديب والفصل فى الخدمة (نقض فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ١٩ ص ١٩).

ثم تركت محكمة النقض معيار الاختيار والفصل إلى معيار السلطة الفعلية فى الرقابة والتوجيه، وهو المعيار الذى أخذ به القانون الجديد، فقضت بأن مسئولية السيد عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختياره تابعه ، بل هى فى الواقع تقوم على علاقة التبعية التى تجعل السيد يسيطر على أعمال التابع فيسيره كيف شاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٤ ص ٧٦١)

(أ) علاقة التبعية . مناطها . أن يكون للمتبوع سلطة فعلية فى اصدار الأوامر إلى التابع فى طريقه أداء =

ونستعرض هذين العنصرين : (١) عنصر السلطة الفعلية (٢) وعنصر الرقابة والتوجيه .

٦٧٨ - عنصر السلطة الفعلية : تقوم علاق التبعية على سلطة فعلية . فليس ضرورياً من جهة أن تكون هذه السلطة عقدية تقوم على الاختيار ، ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية (1) .

ليس من الضرورى أن تكون سلطة عقدية تقوم على الاختيار . وقد قدمنا أن علاقة التبعية لا تقتضى حتما أن يكون هناك عقد بين التابع والمتبوع . قد يوجد هذا العقد ، بل هو موجود فى كثير من الأحوال ، ويغلب أن يكون عقد عمل . فالعامل والخادم والطاهي والسائق والمستخدم والموظف ، كل هؤلاء تابعون ومتبوعهم هو رب العمل أو سيد البيت أو صاحب المتجر أو الحكومة . ولكن علاقة التبعية ، حتى فى هذه الأحوال ، لا تقوم على عقد العمل . فلو أن هذا العقد كان باطلا ، لبقيت مع ذلك علاقة التبعية قائمة ما دامت هناك سلطة فعلية للمتبوع على التابع . بل ليس من الضرورى أن يكون المتبوع قد اختار شخص تابعه . وقد كان الفقه والقضاء قديماً يقيمان علاقة التبعية على فكرة الاختيار ، ويعتبر أن خطأ المتبوع المفترض هو خطأ فى الاختيار (culpa in eligendo) . ولكنهما نبذا هذا الرأى تدرجاً . فأجازا أولا أن يكون الاختيار مقيداً ، أى محصوراً فى أشخاص معينين لا يملك المتبوع أن يختار تابعه إلا منهم ، كما إذا كان الاختيار موكولا إلى مسابقة يشترط للتقدم إليها مؤهلات خاصة . ثم أجازا بعد ذلك أن يكون الاختيار مفروضاً على المتبوع، كالسفينة تدخل فى الميناء فيقودها «مرشد» لا تملك أن تختار سواه (2) ، وكمجلس محلى

= عمله وفى الرقابة عليه ومحاسبته .

(جلسة ١٩٩٩/١١/٢٨ الطعن ٤٩٨١ لسنة ٦٧ ق)

(جلسة ١٩٩٥/٢/١٩ الطعن ٣٦٦ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٦ ص ٤٢٠ ع١)

(جلسة ١٩٧٧/١١/١ الطعن ١٣٨ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٦٣/٥/١٩ الطعن ١٢٣ لسنة ٣٨ ق مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص ٦٦٤)

(1) تحقق مسئولية المتبوع عن اعمال تابعه والحارس عن الاشياء التى فى حراسته ولو تعذر تعيين التابع المسئول أو تحديد الشئ الذى أحدث الضرر من بين غيره .

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٤ الطعن ٢٨٠١ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٥ ص ١٥٣٤ ع٢)

(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨ الطعن ٤٨٦١ لسنة ٦١ق)

(2) أ - المرشد يعتبر اثناء قيامه بعملية ارشاد السفينة تابعا للمجهز لأنه يزاول نشاطه فى هذه الفترة لحساب المجهز ويكون الحال كذلك ولو كان الارشاد إجباريا وليس فى هذا خروج على الاحكام المقررة فى القانون المدنى فى شأن مسئولية المتبوع وذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ منه تقضى بأن رابطة التبعية تقوم ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه.

(١٩٦٣/١٠/٢٤ الطعن ٣٠٦ لسنة ٣٨ ق مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص ٩٧٤)

ب - إذا كان مستأجر السيارة التى وقعت منها الاصابة هو الذى اختار سائقها وكان له عليه وقت =

يقوم بالعمل عنده موظفون تعينهم الحكومة فلا يد له فى اختيارهم . وكما أنه ليس من الضرورى أن يكون للمتبوع حق اختيار تابعه ، كذلك ليس من الضرورى أن يملك أمر فصله . وهذا هو شأن موظفى المجلس المحلى الذين عينتهم الحكومة ، فالمجلس لم يخترهم ولا يملك أمر فصلهم ، بل الحكومة هى التى تعينهم وتفصلهم ، ومع ذلك فإنهم يعتبرون تابعين للمجلس المحلى لا للحكومة .

وليس من الضرورى أن تكون السلطة شرعية ، بل يكفى أن تكون سلطة فعلية . فقد لا يكون للمتبوع الحق فى هذه السلطة ، بأن يكون استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلا ، ولكنه ما دام يستعملها فعلا ، بل ما دام يستطيع أن يستعملها حتى لو لم يستعملها بالفعل ، فهذا كاف فى قيام علاقة التبعية (1) .

٦٧٩ – عنصر الرقابة والتوجيه : ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منصبة على الرقابة والتوجيه (2) . فالمتبوع لابد أن تكون له السلطة فى أن يصدر لتابعه من الأوامر ما يوجهه بها فى عمله ولو توجيهاً عاماً (3) ، وأن تكون له الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر (4) (1) .

= حصول الحادث سلطة الأمر والنهى ، فأنه يكون مسئولا عن الحقوق المدنية التى تترتب على خطأ السائق بقيادة السيارة بسرعة فى حالة لا تصلح معها للعمل .
(١٩٤٩/١٠/١٨ م ق . ج ١٧٩ – ٦٢٧)
(١٩٥١/٥/٢٤ م ق. م ٤٢ – ٩٧٤)

(1) وقد يكون الولد تابعا لأبيه ويكون الأب تابعاً لابنه ، وتكون الزوجة تابع لزوجها ويكون الزوج تابعاً لزوجته ، ويكون الصديق تابعاً لصديقه ، كل هذا فيما يكل المتبوع منهم لتابعه من أعمال إذا كان للمتبوع السلطة الفعلية على تابعه .

(2) استئناف مختلط فى ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٤ – وفى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦.

(3) ومن ثم يكون الجندى فى الجيش تابعاً لوزارة الدفاع ، إذ يتلقى منها التوجيه العام (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٦ رقم ٢٤٥ ص ٦٥٢).

(4) ومن ثم لا يكون البواب تابعاً للسكان ولو كان يتقاضى منهم أجراً لقاء خدمات صغيرة، ولكنه تابع لصاحب العمارة ، ويكون هذا مسئولا عنه إذا أحدث ضرراً بالسكان أو بالغير أو إذا سرق أحد السكان بإهمال من البواب (استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٤٩ – وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٠ – وفى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩م ٤٢ ص ٤٩ – وفى ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧ – وفى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١) . ولا ترتفع مسئولية صاحب العمارة حتى لو اشترط فى عقد الإيجار إعفاءه من المسئولية عن أعمال البواب ، فالمسئولية التقصيرية لا [illegible] اشتراط الإعفاء منها (استئناف مختلط فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٦٨ – وفى ٦ يناير ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٨٥) .

والحمال يكون تابعاً لصاحب الأمتعة التى يحملها فيكون هذا مسئولا عنه (استئناف مختلط فى [illegible] يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٤) . ومصلحة السكك الحديدية تكون مسئولة عن الحمال باعتباره تابعاً إذا كان هذا الحمال يعمل فى شركة تخضع لرقابة المصلحة وتوجيهها (استئناف مختلط فى [illegible]

ولا يكفى أن يكون هناك مطلق رقابة وتوجيه . فالأب له الرقابة على ولده، ومعلم الحرفة يوجه صبيه ، ولا يستلزم هذا أن يكون الولد تابعاً للأب ولا أن يكون الصبى تابعاً لمعلم الحرفة، بل لابد أن تكون هذه الرقابة والتوجيه فى عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع. (1) وهذا ما يميز المتبوع عن الأب ومعلم الحرفة ومقدم العمال . إذ الأب له الرقابة

= ١٧ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٢) . فإذا لم يكن الحمال تابعاً للمصلحة وتسبب فى الإضرار براكب ، فإن المصلحة تكون مسئولة عن خطئها الشخصى فى أنها لم تتخذ التدابير الكافية لوقاية الركاب ، وتكون متضامنة مع الحمال فى المسئولية (استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٢).

(1) تقوم علاقة التبعية كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع فى الرقابة والتوجيه ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية ويستقل قاضى الموضوع فى استخلاص علاقة التبعية متى ركن فى استخلاصه إلى اسباب سائغة لها أصل ثابت فى الأوراق .
(جلسة ١٩٧٩/١/٨ الطعن ٣٩٥ لسنة ٤٥ ق)
(جلسة ١٩٦٧/١١/٧ الطعن ٢٢ لسنة ٣٤ ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٦١٤)
(جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ الطعن ٨٠٢ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ص ٤٩٦)
(جلسة ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن ٥٠١ لسنة ٥٧)

(1) ولا يشترط أن يكون للمتبوع علاقة مباشرة بالتابع ، ما دام هذا يعمل لحسابه وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المتبوع يكون مسئولا عن عماله الأصغرين الثانويين ولو كان تعيينهم بمعرفة الموظفين الرئيسيين ما دام أن التعيين بمعرفتهم داخل فيما رسم لهم صاحب العمل من الاختصاصات. فإذا حوكم ممرض لتسببه بإهماله فى وفاة مريض وحكم عليه نهائياً بالعقوبة ، فالمتبوع يسأل عن هذا الإهمال سواء أكان هو الذى أقام الطبيب فى المستشفى فى وظيفته وهذا الأخير هو الذى عين الممرض ومن فى حكمه أم كان المتبوع هو الذى عين الجميع مباشرة (١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٠٣ ص ٤٣٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التابع إذا أحل ابنه محله ، كان المتبوع مسئولا عن ابن تابعه إذا كان إحلال الابن يعتبر خطأ من التابع (١٢ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص١٨).

بل قد يكون التابع غير معين ، ويبقى المتبوع مسئولا عنه ، وإن كان لا يستطيع الرجوع عليه فيما بعد، ويكون شأن المتبوع معه فى ذلك شأن مع التابع المعسر . وقد قضت محكمة النقض فى هذه المعنى بأنه يكفى فى مساءلة المخدوم مدنيا أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ خادم له ولو تعذر تعيينه من بين خدمه . فما دام الحكم قد أثبت أن وفاة المجنى عليه لابد أن تكون قد نشأت عن خطأ أحد المتهمين. (الكمسارى أو السائق) اللذين هما تابعان لإدارة النقل المشترك ، فإن مساءلة هذه الإدارة مدنيا تكون متعينة لأنها مسئولة عما يقع من مستخدميها فى أثناء تأدية خدمتهم ، ولا يمنع من ذلك أن المحكمة لم تستطع تعيين المخطئ منهما . وليس فى التزام الإدارة بالتعويض مع تبرئة الكمسارى خروج عن القواعد الخاصة بالمسئولية ، لأن هذه التبرئة قائمة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذى أدى إلى وقوع الحادث ، أما مسئوليتها فمؤسسة على ما ثبت قطعا من أن هذا الخطأ إنما وقع من أحد خادميها اللذين كانا يعملان معاً فى السيارة . ولا يشترط لمساءلة المخدوم عن خطأ خادمه أن يكون الخادم حاضراً أو ممثلا فى الدعوى التى تقام على المخدوم ، فالتنازل عن مخاصمة ورثة الخادم لا يحول دون مطالبة المخدوم ، إذ هذا التنازل ليس فيه ما يفيد عدم مسئولية الخادم حتى كان يمكن أن يقال بعدم مسئولية المخدوم (نقض جنائى فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٣٧ ص ٣٧٢. =

ولده ولكن فى غير عمل معين ، ومعلم الحرفة ومقدم العمال لهذا الرقابة والتوجيه على بية والعمال فى عمل معين ، ولكن الصبية لا يقومون بهذا العمل لحساب معلمهم بل دربوا على العمل ، والعمال لا يقومون بالعمل لحساب المقدم عليهم بل لحساب رب مل، فهم والمقدم معهم تابعون جميعاً لرب العمل [1] .

وتتراخى علاقة التبعية بتراخى الرقابة والتوجيه ، حتى إذا لم يبق لدى المتبوع سلطة فية في الرقابة والتوجيه انعدمت علاقة التبعية . فالأطباء الذين يعملون فى مستشفى سابهم لا يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى . وأعضاء الجمعية لا يعتبرون تابعين لها. شركاء لا يعتبرون تابعين للشركة [2] . والمقاول إذا كان مستقلا لا يعتبر تابعاً لرب العمل،

= وانظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني – وقد أشار المعلق فى تعليقه إلى حكم آخر صادر في هذا المعنى من محكمة الاستئناف فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٩٤ ، وفيه اعتبرت الحكومة مسئولة عن استبدال قطن من رتبة أدنى بقطن من رتبة أعلى مادام من المقطوع به فيه أن هذا الاستبدال قد حدث إما فى المركز أو لدى نائب العمدة أو لدى شيخ الخفراء ، فكل هؤلاء تابعون للحكومة).

(١) ولهذا التمييز أهمية كبيرة ، إذ أن مسئولية الأب عن ولده باعتباره تابعاً تختلف عن مسئوليته عن ولده باعتباره تحت رقابته ، فالمسئولية الأولى لا تندفع بنفى الخطأ ، وتندفع المسئولية الأخرى بنفيه على النحو الذى قدمناه .

(٢) ولكن مدير الشركة يعتبر تابعاً للشركة (استئناف مختلط فى ١١ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ – وفى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٩) . والملتزم ببيع منتجات شركة فى جهة معينة يعتبر سائقه تابعاً لهذه الشركة إذا كان الملتزم ممثلا للشركة (استئناف مختلط فى ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٠).

وتعتبر الممرضة تابعة للطبيب الذى تعمل فى خدمته (استئناف مختلط فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠) . ولا يعتبر المؤجر متبوعاً لمستأجره (محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٤ ص ٨٠) – ولا يعتبر الوصى تابعاً للقاصر (استئناف مختلط فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨) .

ولا يعتبر ناظر الوقف تابعاً والوقف متبوعا إلا إذا كان الناظر معيناً من قبل المستحقين ، أما إذا عينته وزارة الأوقاف أو القاضى فلا (استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ ص ٨٣ – وفى ١٩ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦). وهناك أحكام قضت بأن الوقف لا يكون متبوعا لأنه ليس بشخص اعتبارى (استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٠) ، ولأن الوقف لا يلتزم فى غير حالة المرض إلا بدين أجازه القاضى ولأن تصرف الناظر لا يلزم الوقف إلا فيما فيه صالح الوقف (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٤م ٦ ص ٢٨٢ – وفى ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن ناظر الوقف الذى لا يعطى المستحقين استحقاقهم فى الوقف لا يجعل الوقف مسئولا عنه (١٩ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ – وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٦٦ . ويرى الأستاذ مصطفى مرعى بك أن الوقف يسأل عن الخطأ الذى يقع من الناظر فى أثناء عمله المنوط به بحكم وظيفته ، فإذا أتى الناظر فى أثناء العمل خطأ ضاراً بالغير كان للمضرور أن يرجع على الوقف متضامناً مع الناظر وللوقف أن يرجع على الناظر بما يدفعه عنه (المسئولية المدنية فقرة ٢٠٩ – ٢١١) . ونحن إذا كنا نرى أن الوقف شخص

هذا فرق ما بين عقد العمل وعقد المقاولة [1] . وإذا أعار شخص سيارته لصديق وترك له

= معنوى ، إلا أننا نؤثر ألا يلتزم بتصرفات الناظر ، قولية كانت أو فعلية ، إلا فى الحدود التى رسمها الفقه الإسلامى ، فإن الوقف نظام من خلق هذا الفقه ، فيؤخذ منه كما هو ى غير ما تدعو له الضرورة.

والحارس على الأشياء المحجوزة يعتبر تابعاً للحاجز إذا كان هو الذى اختاره (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٦٨ ص ٧٢٠)، ولا يعتبر تابعاً له إذا عينه المحضر (محكمة مصر الوطنية فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٣٤ ص ٣٥١ – استئناف مختلط فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٥ – وفى ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٣).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المقاول إذا كان يعمل مستقلا لا تحت رقابة صاحب العمل، فإن المقاول لا يعتبر تابعاً لصاحب العمل (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٦ – وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ – وفى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٦٤ – وفى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ – وفى ٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٠ – وفى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ – وفى ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢) .

وهناك أحكام قضت بأن المقاول يعتبر تابعاً لصاحب العمل متى كان يتبعه اقتصادياً ولو كان مستقلا عنه في العمل ، كمعلم أنفار يعتبر تابعاً لصاحب العمل أو للمقاول الأصلي (استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ – وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠). ولا تعتبر الحكومة متبوعة للمقاول ولا تكون مسئولة عن خطئه إذا لم تحتفظ إلا بحق الإشراف العام عليه دون أن يكون لها حق التوجيه والإدارة (استئناف مختلط فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠)، وكانت الأحكام القديمة تقضى بقيام علاقة التبعية فى هذه الحالة (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٤١ ص ١٠٦١ – ستئناف مختلط فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٦٢ – وفى ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨)، ثم تطورت الأحكام إلى التمييز بين مجرد الإشراف العام فلا تقوم ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ – وفى ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢ – وفى ٧ يونية سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٢ – وفى ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥ – وفى ١٧ يونية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩ – وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا أسس الحكم مسئولية الحكومة عن المقاول على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون أن يبين مدى هذا الاشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ فى عملية المقاولة ، وما أثر هذا الخطأ فى سير الأعمال، وما علاقته بالضرر الذى وقع ، أو هل الإشراف قد تجاوز التنفيذ فى حد ذاته واحترام شروط المقاولة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلا فعلياً فى تنفيذ عملية المقاولة بتسييرها المقاول كما شاءت ، فهذا الحكم يكون قاصراً عن إيراد البيانات الكافية لقيام المسئولية (نقض مدني فى ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن مالك المنزل لا يسأل عن خطأ الصانع الذى استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه فى إجراء هذا العمل (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥) .

ومتى ثبت أن المقاول ليس تابعاً لرب العمل ، فلا يكون هذا مسئولا عنه إلا إذا ارتكب خطأ شخصياً بأن عهد بالعمل إلى مقاول لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للعمل الفنى الذى عهد به إليه ، فيكون صاحب العمل مسئولا عن خطئه الشخصى لا عن خطأ المقاول (استئناف مختلط فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ – وفى ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٦ – وفى ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧ – وفى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ – وفى ١٧ يناير سنة ١٩٢٩م =

زمامها فلا يعتبر الصديق تابعا لصديقه ، ولكن إذا ترك الأب سيارته لولده يقودها وأشرف عليه فى قيادتها اعتبر الولد تابعا لأبيه [1] . وإذا استأجر صاحب السيارة صاحب السيارة سائقا اعتبر هذا السائق تابعا له [2] . أما إذا استأجر شخص سيارة بالأجرة (تاكسي) فإن السائق لاَ يكون تابعاً له لأنه مستقل عنه وليس للراكب عليه حق الرقابة والتوجيه [3] . أما العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فقد تكون علاقة تبعية أو لا تكون ، تبعاً لما إذا كان الوكيل خاضعاً أو غير خاضع لرقابة الموكل وتوجيهه فى العمل الذى عهد به إليه [4] .

وقد تتوزع الرقابة والتوجيه بين أكثر من شخص واحد . فإذا استخدم عدة أشخاص شخصاً واحداً فى عمل مشترك لهم، كانوا كلهم متبوعين لمستخدمهم ، وكانوا مسئولين عن عمله بالتضامن فيما بينهم . وقد يقوم شخص بأعمال متفرقة لأشخاص متعددين ،

– ٤١ ص ١٨٢) . ولا يكون المقاول الأصلى مسئولا عن تابع المقاول من الباطن (استئناف مختلط فى ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٨ ؛ ولكن إذا ارتكب المقاول الأصلى خطأ شخصياً كان مسئولا عنه) .

(١) استئناف مختلط فى ٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٥ – وإذا كلف الأب ولده تأدية مهمة ، فساق الولد سيارة لتأدية هذه المهمة ، اعتبر تابعاً لأبيه (استئناف مختلط فى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١) . وإذا أعار الأب ابنه أو ابنته سيارة ، وكان الابن أو البنت تملك رخصة شخصية للقيادة، فلا يعتبر أى منهما تابعاً لأبيه (استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٣ – وفى ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢) . وكذلك لا يكون الابن تابعاً إذا أعاره أبوه سيارته ولم يكن الابن يقضى مصلحة للأب بل يقضي مصلحة شخصية لنفسه (استئناف مختلط فى ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) . ويعتبر الأب مسئولا عن حادث سيارة ، ولو اشتريت باسم ابنته ، إذا كان سائق السيارة الذى وقع بخطئه الحادث أقر أنه مستخدم عند الأب وتبين أن الأبنة تقيم مع والديها وليس لها مال ظاهر يسمح بشرائها السيارة (استئناف مختلط فى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤).

(٢) استئناف مختلط فى ٨ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٠ – وفى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٤٩ – وصاحب «الجراج» مسئول عن أخطاء السائق الذى يستخدمه (استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٧٣) ، حتى لو ذهب هذا وساق سيارة لعميل ليحضرها إلى الجراج (استئناف مختلط فى ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٤٩) .

(٣) ولا تعتبر الشركة مسئولة عن أعمال صاحب عربة تستخدمة للنقل إذ كان مستقلا فى عمله (استئناف مختلط فى ١٢ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٨) . ولكن مالك سيارة الأجرة (التاكسي) يكون مسئولا عن السائق (استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الموكل يسأل بالتضامن مع وكيله عن الإجراءات الكيدية التى يباشرها الوكيل ولو بغير إجازة موكله (٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣) . وقضت أيضاً بأن الموكل يسأل عن الغش الذى وقع من وكيله (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) . وقضت كذلك بأن المالك مسئول عن الخطأ الذى يرتكبه من يدير ملكه (٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٠) . وانظر فى مسئولية الموكل عن وكيله الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٠٤ – فقرة ٢٠٨ .

كالخادم تقوم بالشؤون المنزلية لأسرات متعددة فى أوقات متعاقبة فتنتقل من منزل إلى آخر، وتكون فى هذه الحالة تابعة للمخدوم الذى تقوم بشؤون منزله فى الوقت الذى تؤدى فيه هذا العمل [١] . وقد يعير المتبوع تابعه لشخص آخر ، فإذا استبقى المعير رقابته وتوجيه بقى متبوعا، أما إذا انتقلت الرقابة والتوجيه إلى المستعير كان هذا هو المتبوع . مثل ذلك شخص يعير سيارته مع سائقها لصديق ، فإن انتقلت الرقابة والتوجيه إلى الصديق وبخاصة إذا كانت الإعارة لمدة طويلة أصبح السائق تابعا له [٢] ، ويظل السائق تابعاً لمتبوعه الأول إذا كان هذا قد احتفظ لنفسه بحق الرقابة والتوجيه [1] .

وليس من الضرورى أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية ، بل يكفى أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه . فصاحب السيارة حتى لو لم يكن يعرف القيادة متبوع لسائقها ، وصاحب المستشفى متبوع لأطبائه الذين يعملون لحسابه فى المستشفى حتى لو لم يكن هو نفسه طبيباً [٣] . وقد يكون المتبوع غير قادر على الرقابة والتوجيه حتى من الناحية الإدارية ، كأن يكون صغيراً أو غير مميز ، فينوب عنه نائبه ، من ولى

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥م ٤٧ ص ١٧٥ .

(٢) ويكون الصديق فى هذه الحالة متبوعا عرضياً (commettant occasionel) : أنظر فى مسئولية المتبوع العرضى تعليقاً للدكتور سليمان مرقص على الحكم الصادر من محكمة النقض فى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٣ (القضية رقم ٥١٣ سنة ١٣ قضائية) فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ – ص ٥٥٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت أن الطاعن قد اختار السائق وكانت له عليه وقت حصول الحادث سلطة الأمر والنهى ، ولم لم يكن هو المالك للسيارة ، فإن الحكم بإلزام الطاعن بالتعويض عن خطأ السائق فى هذه الحالة يكون صحيحاً (نقض جنائى فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٣٢٧ ص ٤٣٢) . ويعتبر صاحب السيارة المعطلة متبوعا عرضياً لسائق يربط السيارة المعطلة فى سيارته (استئناف مختلط فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٩) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض، ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب (نقض مدنى فى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصيدلي يعتبر تابعاً لصاحب الصيدلية ولو لم يكن هذا فنياً، لأنه هو الذى اختاره وعليه رقابته (١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٠) . ولكن لا يعتبر المقاول متبوعا المقاول متبوعا لطبيب إذا نظم المقاول عيادة لعماله بالمجان واستخدم فيها الطبيب وكان هذا حائزاً على المؤهلات اللازمة (استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣)./

(1) العبرة فى تحديد المتبوع المسئول عن خطأ التابع هو وقوع الخطأ الذى ترتب عليه الضرر الموجب للتعويض .

(جلسة ١٩٩٥/٢/١٩ الطعن ٣٦٦٠ لسنة ٦٠ ق السنة ٤٦ ص ٤٢٠ ع١)

(جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣ الطعن ١٥١ لسنة ٤٣ ق س ٣٠ ص ٢٥٧ ع ٣)

أو وصي أو قيم ، فى القيام بالرقابة على التابع وفى توجيهه [1] .

٢ – خطأ التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها

٦٨٠ – أمران : متى قامت علاقة التبعية بين شخصين على النحو الذى قدمناه ، فإن مسئولية المتبوع عن التابع تتحقق إذا ارتكب التابع خطأ أضر بالغير فى حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ : «يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها» .

فيشترط إذن أمران : (١) أن يرتكب التابع خطأ يضر بالغير (٢) وأن يرتكب هذا الخطأ فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٦٨١ – خطأ يرتكبه التابع يضر بالغير : لا تقوم مسئولية المتبوع إلا إذا تحققت مسئولية التابع ، فإن الأولى فرع عن الثانية [2][1] .

وحتى تقوم مسئولية التابع يجب أن تتوافر بالنسبة إليه أركان المسئولية الثلاثة : الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

فيجب إذن على المضرور ، حتى فى رجوعه على المتبوع ، أن يثبت خطأ التابع. ومن الجائز فى بعض الحالات أن تتحقق مسئولية التابع على أساس خطأ مفترض . مثل ذلك أن يكون التابع مدرساً فى مدرسة أميرية ، فتقوم مسئوليته عن تلاميذه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس ، فإذا لم يثبت العكس كان مسئولا بمقتضى هذا الخطأ المفترض، وكانت الحكومة مسئولة عنه باعتبارها متبوعاً . ومثل ذلك أيضا أن يقود التابع

(١) وسنرى فيما يلى ، عند الكلام فى أساس مسئولية المتبوع ، أن المتبوع قد يكون غير مميز.

(٢) محكمة استئناف أسيوط فى ٢ يونية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٢٧ ص ٥٠ . وقد قضت محكمة النقض بأن انتفاء المسئولية المدنية عن التابع بنفيها أيضاً عن المتبوع بطريق التبعية (نقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماه ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت كذلك بأن الحكم ببراءة التابع لجنونه لا يجيز الحكم بالتعويض على متبوعه (نقض جنائى فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ٥٧ ص ٩٩).

(1) مسئولية المتبوع عن اعمال تابعة غير المشروعة مصدرها العمل غير المشروع وهى لا تقوم فى حق المتبوع إلا حيث تتحقق مسئولية التابع بناء على خطأ واجب اثباته أو بناء على خطأ مفترض .

(جلسة ١٩٧٩/١/٣١ الطعن ٣١٣ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ٧٩٢)

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ الطعن ٥١٦ لسنة ٢٩ ق السنة ١٥ ص ١٠٢٢)

(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ الطعن ٢١٧ لسنة ٢١ ق)

سيارة هو الحارس لها ، ويدهس أحد العابرة حال تأدية وظيفته أو بسبب هذه الوظيفة ، فإن مسئوليته تتحقق فى هذه الصورة على أساس خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس باعتباره الحارس للسيارة ، وتتحقق معها مسئولية المتبوع . فالقاعدة إذن أنه حيث تتحقق مسئولية التابع ، بناء على خطأ واجب الإثبات أو بناء على خطأ مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس أو غير قابل لذلك ، فإن مسئولية المتبوع تقوم إلى جانب مسئولية التابع [1] .

ويجب على المضرور كذلك أن يثبت أن خطأ التابع قد ألحق به الضرر . وسنرى أنه يجوز أن يكون المضرور هو أيضا تابعاً لنفس المتبوع ، فيبقى المتبوع مسئولا أمامه عن خطأ التابع الأول . أما إذا كان المضرور هو المتبوع ذاته ، فسنرى أن التابع لا يستطيع أن يتمسك بخطأ مفترض ضده ليتخفف من المسئولية ، وكذلك إذا كان المضرور هو التابع وقد ألحق الأذى بنفسه وهو فى خدمة متبوعه ، فسنرى أنه لا يرجع على المتبوع بخطأ مفترض .

٦٨٢ – حال تأدية الوظيفة أو بسببها – القاعدة العامة : ويجب أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا هو الضابط الذى يربط مسئولية المتبوع بعمل التابع ، ويبرر فى الوقت ذاته هذه المسئولية . فإنه لا يجوز إطلاق مسئولية المتبوع عن كل خطأ يرتكبه التابع ، وإلا كانت هذه المسئولية غير مستساغة ولا معقولة . وإنما تستساغ مسئولية المتبوع عن خطأ التابع وتكون معقولة إذا اقتصرت على الخطأ الذى يرتكبه التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها ، ففى هذه الحدود وحدها يقوم الأساس الذى تبنى عليه مسئولية المتبوع ، سواء كان هذا الأساس خطأ مفترضاً أو ضماناً أو امتداداً لشخصية المتبوع على النحو الذى سنبسطه فيما بعد .

والقاعدة هى أن يقع الخطأ من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة . فلا يكفى أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة (à l'occasion de la fonction) ، بأن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه [2] . بل يجب ، إذا لم يكن الخطأ قد وقع فى عمل من أعمال الوظيفة ،

(١) وإذا كانت السيارة فى المثل الذى نحن بصدده فى حراسة شخص غير التابع والمتبوع ، كما لو أعار صديق سيارته للمتبوع مع الاحتفاظ بالحراسة (garde) ، فدفعها هذا إلى تابعه ، ودهس بها التابع أحد العابرة ، فإن المضرور يكون له الرجوع على التابع بمقتضى خطأ يجب إثباته ، ومن ثم يكون له الرجوع على المتبوع . كذلك يكون له الرجوع على صاحب السيارة الذى احتفظ بالحراسة بمقتضى خطأ مفترض، فإذا رجع عليه دون أن يثبت خطأ فى جانب التابع ، فإنه لا يستطيع الرجوع على التابع ما دام لم يثبت فى جانبه خطأ ، كما لا يستطيع الرجوع على المتبوع لأن مسئولية التابع لم تتحقق .

(٢) وقد ذهب الأستاذ مصطفى مرعى بك فى كتابه «المسئولية المدنية فى القانون المصرى فقرة ٢٢٠ – فقرة ٢٢٩) إلى أنه يكفى أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، حتى تتحقق مسئولية المتبوع عن تابعه – واستشهد بأحكام صدرت من محكمة النقض =

أن تكون هناك في القليل علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته ، أو عن طريق الإساءة في استعمال هذه الوظيفة، أو عن طريق استغلالها [(١)] . ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر [(٢)] ، علم به أو لم يعلم [(٣)] ، عارض فيه أو لم يعارض [(٤)] . ويستوى أخيراً أن يكون التابع في ارتكابه للخطأ قد قصد خدمة متبوعه أو اندفع إلى الخطأ بحافز شخصي [(٥)] .

= وردت فيها هذه العبارات . ونحن نرى أن هذا توسع لا مبرر له في مسئولية المتبوع ، وأن محكمة النقض في الأقضية التي فصلت فيها كانت في غني عن تقرير المبدأ على هذا النحو من السعة ، وسنعود إلى تفصيل ذلك (أنظر في هذا المعنى الدكتور سليمان مرقص في تعليقه المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ - ص ١٧٦) .

(١) ويفصل بعض الفقهاء ما بين هذه الفروض الثلاثة - مجاوزة حدود الوظيفة والإساءة في استعمالها واستغلالها - حتى إذا أورد الأمثلة على كل فرض منها ، دق التمييز بينها حتى ينبهم، وحتى تتدخل الفروض بعضها في بعض ، ويصعب التفريق بين فرض وفرض (أنظر المسئولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعي بك فقرة ٢٢٠ وما بعدها حيث يستعرض هذه الفروض ، ويأتي بأمثلة لكل فرض يصعب في بعضها تخصصه لفرض دون آخر) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن تكون الجريمة التي تقع من الخادم قد وقعت بتحريض من السيد ، وبأن أساس مسئولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض في جانب المتبوع من الخطأ والتقصير في اختيار التابع أو في رقابته ، وهذا النوع من المسئولية لا يشترط فيه تحريض من السيد ولا صدور أي عمل إيجابي منه (نقض جنائي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المتبوع تتحقق حتى لو كان غائباً وغير عالم بجريمة التابع (نقض جنائي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ص ٥٨٣ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه - قارن نقض جنائي في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لتطبيق المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) أن يقع الخطأ المنتج للضرر من خادم وأن يكون الخطأ قد وقع أثناد تأدية الخادم عمله ، فمتى توافرت هذه الشروط ثبتت مسئولية السيد بحكم القانون ، وبغير حاجة إلى البحث فيما إذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومراقبته ، أو أن الخادم قد خالف أمر سيده ، لأن هذه المسئولية إنما هي مسئولية مفترضة افتراضاً قانونياً (نقض مدني في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن السيد مسئول ولو كان الخادم ارتكب الفعل رغما من أوامر سيده (استئناف في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة • رقم ٣/٦٠٩ ص ٧٣٧)، وقضت أيضا بأن مسئولية المتبوع تتحقق طالما كان الفعل متصلا بعمل التابع ، ولو كان ناشئاً عن سوء استعماله لمهام وظيفته أو عن أغفاله أوامر سيده (استئناف في ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٢/٥٢١ ص ٨٦٦) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى ارتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية عمله ، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصي له أو عن الرغبة في خدمة السيد، فقد ترتبت مسئولية السيد مدنياً عن هذا الخطأ (نقض جنائي في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢١٩ ص ٤٢٠ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥١٢ - قارن =

يستوى كل ذلك ما دام الشرط الذى أسلفنا ذكره قد توافر ، فلم يكن التابع ليستطيع ارتكاب الخطأ أو لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة [(١)][(أ)] .

وإذا كان لا يكفي لمساءلة المتبوع أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة ، فأولى ألا تتحقق هذه المساءلة إذا كان خطأ التابع أجنبياً عن الوظيفة لا تربطه بها أى علاقة .

ويخلص لنا مما قدمناه حالات أربع : (١) الخطأ في تأدية الوظيفة . (٢) الخطأ بسبب الوظيفة . (٣) الخطأ بمناسبة الوظيفة (أو الخطأ الذى هيأت له الوظيفة) . (٤) الخطأ الأجنبي عن الوظيفة.

والخطأ في الحالتين الأوليين يحقق مسئولية المتبوع ، ولا يحققها في الحالتين الأخيرتين. ونستعرض كلا من الحالات الأربع .

٦٨٣ - الخطأ في تأدية الوظيفة : الأصل أن الخطأ الذى يرتكبه التابع ، فتتحقق به مسئولية المتبوع، يقع وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته . فسائق السيارة ، وهو تابع لصاحبها، إذا دهس شخصاً في الطريق عن خطأ يكون قد ارتكب هذا الخطأ وهو يقود السيارة ، أى يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، فيكون المتبوع وهو صاحب السيارة مسئولا عن هذا الخطأ . والخادم وهو يقوم بأعمال النظافة في منزل مخدومه ، فيلقى خطأ في الطريق جسماً صلباً يؤذى أحد المارة ، يرتكب الخطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، فيكون

= نقض جنائي في ١٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١/٣ ص ٤ - محكمة مصر الوطنية في ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٨١ ص ٨٢٩ - استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ - وفي ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥) .

(١) وضعنا الشرط الذى يجب توافره لتحقق مسئولية المتبوع في هذه الصيغة عمداً ، إذ لا يكفي أن يقال - كما يقال عادة - إنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، بل يجب أن يثبت أيضا أنه لولا الوظيفة لما استطاع التابع أن يرتكب الخطأ أو لما فكر في ارتكابه .

(أ) لم يقصد المشرع أن تكون مسئولية المتبوع مقتصره على خطأ التابع وهو يؤدى أعمال وظيفته ، أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ ، أو أن تكون ضرورياً لامكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضا كلما كان فعل التابع قد وقع منه اثناء تأدية الوظيفة ، أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على اتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي ، وسواء أكان الباعث الذى دفعه إليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه .

(جلسة ١٩٨٣/١١/١٠ الطعن ٥٨٩ لسنة ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٥٧٨)

(جلسة ١٩٨٨/٢/١٨ الطعن ١٠٦٢ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٩٠/١/٣٠ الطعنان ٢٥١ ، ٣٠٩ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٩٠/٥/٦ الطعن ٩١٤ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٥/٣/١٢ الطعن ١٩١٩ لسنة ٦٠ ق ص ٤٦٨ ع١)

المخدوم مسئولا عنه . وخفير الدرك وهو يضبط المتهم ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ منه فتصيب مقتلا من المتهم ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه ، والطبيب الذى يعمل لحساب مستشفى ، إذا أخطأ فى علاج مريض، يكون قد ارتكب الخطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، فتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه . وقس على هذه الأمثلة كثيراً غيرها [1].

وقد قدمنا أنه يستوى أن يكون الخطأ فى تأدية الوظيفة قد وقع بناء على أمر من المخدوم، أو بغير أمر منه ولكن بعلمه ، أو بغير علم منه ولكن دون معارضة ، أو وقع الخطأ بالرغم من معارضة المخدوم . والخطأ فى جميع هذه الأحوال هو ، كما عرفناه ، انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد .

٦٨٤ – الخطأ بسبب الوظيفة : وقد يرتكب التابع الخطأ وهو لا يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، ولكن الوظيفة تكون هى السبب فى ارتكابه لهذا الخطأ . فيكون المتبوع مسئولا عنه فى هذه الحالة ، لأن هناك علاقة وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، إذ كانت الوظيفة هى السبب المباشر للخطأ .

ولا يكفى القول بالسببية المباشرة لتحديد الحالة التى نحن بصددها . بل يجب أن نسير خطوة أبعد فى هذا التحديد . ونورد طائفتين من الأمثلة نقتطفها من أحكام القضاء المصرى، لنستخلص المعيار الذى يصلح أساساً لكل طائفة منهما .

الطائفة الأولى : (١) أحب خفير امرأة متزوجة ، فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، فقضت محكمة النقض بأن الحكومة مسئولة عن عمل الخفير ، وقالت:

(١) وقد قضت محكمة النقض أن الخفير الذى يطلق فى رعونة عياراً نارياً فى أثناء حراسته ليلا فيصيب شخصاً يكون قد ارتكب خطأ يجعل الحكومة مسئولة عنه (نقض جنائى فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٠٩ ص ٧٣٧) . وقضت أيضا بأن سائق السيارة إذا تركها وبها مفتاح الحركة فى عهدة تابع آخر لمخدومه (خفير زراعة) ، فعبث هذا التابع الذى يجهل القيادة بالمفتاح ، فانطلقت السيارة على غير هدى وإصابت المجنى عليهما ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، وهو حفظ السيارة من أن يعبث بها ، ويكون المخدوم مسئولا عن ذلك (نقض جنائى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ ص ٧٠٢) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن الممرض الذى يعمل فى خدمة مستشفى ، إذا أخطأ فأعطى المريض سماً بدلا من الدواء ، وترتب على هذا الخطأ موت المريض، يكون قد ارتكب الخطأ فى عمل من أعمال وظيفته ، وتكون إدرة المستشفى مسئولة عنه (استئناف مصر فى ٢٩ فبراير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٣٦ ص ٦٧) . وقضت أيضا بأن المحضر الذى يبطئ فى إعلان صحيفة الاستئناف ، ويترتب على ذلك عدم قبول الاستئناف ، يكون قد أخطأ فى عمل من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه (استئناف مصر فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ ص ٧٢٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البواب ، إذا تهاون فمكن لصاً من سرقة مال أحد المستأجرين ، يكون قد ارتكب خطأ فى عمل من أعمال وظيفته ، ويكون المالك مخدومه مسئولا عنه (استئناف مختلط فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٠) .

وإذا كان الخطأ الذى وقع من المتهم ، وضر به المدعى بالحق المدنى ، إنما وقع منه بوصفه خفيراً وفى الليل وفى الدرك المعين لتأدية خدمته فيه وبالسلاح المسلم إليه من الحكومة التى استخدمته ، وأنه إنما تذرع بوظيفته فى التضليل بالمجنى عليه حتى طاوعه وجازت عليه الخدعة ، ثم تمكن من الفتك به ، مما يقطع بأنه قد ارتكب هذا الخطأ أثناء تأدية وظيفته، وبأن وظيفته هذه هى التى سهلت له ارتكاب جريمته ، فمسئولية الحكومة عن تعويض الضرر الذى تسبب فيه المتهم باعتباره خفيراً معيناً من قبلها ثابتة : سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته ، أو على أساس أن الوظيفة هى التى هيأت له ظروف ارتكابه» [1].

(٢) ذهب صراف إلى المركز فى عمل من أعمال وظيفته ، فكلف العمدة خفيرين بحراسته ، فانقض عليه الخفيران فى الطريق وقتلاه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الجريمة ارتكبت فى أثناء تأدية الخفيرين لوظيفتهما ، فتكون الحكومة مسئولة عنهما [2].

(٣) ذهب كونستابل فى مهمة رسمية ومعه مسدسه ، فزار فى الطريق بعض أقاربه، وفى أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق وأصاب مقتلا من صبى كان بجانبه . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن عمل الكونستابل ، وقالت فى أسباب حكمها إن «المادة ١٥٢ (قديم) إذ تقرر مسئولية السيد عن الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعاً منهم فى حال تأدية وظائفهم قد عممت ، فلم تجعل المسئولية واجبة فقط عن الأضرار الناشئة من تأدية الوظيفة نفسها ، بل جعلتها واجبة أيضا عن الأضرار الناشئة عن كل فعل وقع حال تأدية الوظيفة ولو لم يكن من أعمال الوظيفة ذاتها ولكن هيأه للخادم أداؤه الوظيفة بحيث لولا هذا الأداء ما كان هذا الفعل ليقع كما وقع . فإذا كان الضرر الذى وقع من

(١) نقض جنائى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٥ رقم ١٩٦ ص ٣٦٩.

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض فى حكم آخر بأنه إذا ارتكب الموظف حال قيامه بوظيفته خطأ بدافع شخصى من انتقام أو حقد أو نحوها ، فالموظف وحده هو الذى يجب أن يسأل عما جر إليه خطاء من الضرر بالغير ، فإذا ذهب الخفير مع العمدة لإبطال السواقى التى كانت تدار لرى الشراقى، وأبطلا الساقية التى كان يديرها المجنى عليه ووالده ، غير أنه بعد انصراف العمدة والخفراء عاد الخفير الأول وأصر على أن يعطل ساقية المجنى عليه ، فخلع الجازية وخلع الطين المثبت بها بواسطة فأس صغيرة، ولما اعترضه المجنى عليه ضربه عمداً بيد الفأس ، فكان ذلك سبباً فى وفاته ، كان فى كل هذا ما يشعر بجواز أن يكون الخفير إنما اعتدى على المجنى عليه بدافع الانتقام إرضاء لضغينة سابقة (نقض جنائى فى ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤ ص ٥ – وانظر نقداً لهذا الحكم فى كتاب المسئولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعى بك ص ٢٠١ – ص ٢٠٣)

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٦ ص ١١٥.

الموظف نتيجة عبثه بسلاح تسلمه بحكم وظيفته ، فالوزارة التى هو تابع لها مسئولة عن تعويض هذا الضرر»[1] .

(٤) كلف سيد خادمه بإحضار أحد العمال لإصلاح سيارته ، وأعطاه بطاقتين ليشترى بهما «البنزين» ، فأحضر الخادم عاملا فحص السيارة وقرر أن ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشترى البنزين ، وذهب يبحث عن سيده ليسلمه السيارة ، فأصاب أحد العابرة بخطئه. فقضت محكمة النقض بمسئولية السيد عن الخادم ، وقالت فى أسباب حكمها : «السيد مسئول عن خطأ تابعه ولو كان هذا الخطأ قد وقع منه وهو متجاوز حدود وظيفته ، ما دامت وظيفته هى التى هيأت له إتيان خطئه المستوجب للمسئولية»[2] .

(٥) ترصد فراش لناظر مدرسته معتزماً اغتياله لاعتقاده أن الناظر يضطهده ، واقترب الفراش من سيارة الناظر متظاهراً أنه يفتح له بابها بصفته رئيساً له وقتله بسكين أعدها لهذا الغرض. فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن الفراش ، وقالت فى أسباب حكمها: إذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأدية وظيفته بالذات ، ففى هذه الحالة تقوم المسئولية كلما كانت الوظيفة هى التى ساعدت على إتيان الفعل الضار وهيأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، لأن المخدوم يجب أن يسأل فى هذه الحالة على أساس إساءة الخدم استعمال شئون الخدمة التى عهد هو بها إليهم ، متكفلا بما افترضه القانون فى حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم فى كل ما تعلق بها. فإذا ترصد المتهم عند باب المدرسة التى يشتغل بها فراشاً مع زملائه الفراشين فيها حتى موعد انصراف المجنى عليه منها (وهو مدرس منتدب للقيام بأعمال نظارة المدرسة) . وتمكن منه فى هذه الفرصة واغتاله فى هذا المكان وهو يتظاهر بأنه إنما يقترب منه لكى يفتح له - بصفته رئيساً - باب السيارة التى كانت فى انتظاره ، فذلك يبرر قانوناً إلزام الوزارة بتعويض الضرر الذى وقع على المجنى عليه من خادمها المتهم »[3] .

(٦) سرق أحد سعاة البريد كتاباً (خطاباً) تسلمه بحكم وظيفته ، فاعتبرت محكمة الاستئناف الوطنية أن مصلحة البريد مسئولة عنه[4] .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠. ومع ذلك فقط قضت محكمة جنايات أسيوط فى ١١ أغسطس سنة ١٩٢٣ (المحاماة رقم ٣٢ ص ٣١) بأنه إذ انطلق عيار نارى من بندقية الخفير وهو بعيد عن دركه الرسمى ، لغير عمل رسمى ، وكان الخفير يحمل البندقية معبأة فى غير الأحوال التى نصت عليها التعليمات ، فلا مسئولية على الحكومة .

(٢) نقض جنائى فى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائى ٤ رقم ٦٢ ص ٥٦ .

(٣) نقض جنائى فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ .

(٤) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ يولية سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٧ ص ٤٢ . ويقرب من هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن إدارة السكك الحديدية مسئولة عن خطأ «الكمسارى» ، الذى يستغل وظيفته فى تهريب مسروقات من بلد إلى آخر (نقض فرنسى فى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ - ١ - ٤٧٣)

(٧) ترك السائق السيارة وبها مفتاح الحركة لتابع آخر لمخدومه (خفير زراعة) ، فبعث هذا التابع بالمفتاح ، فانطلقت السيارة ، وأصابت شخصين فى الطريق . فاعتبرت محكمة النقض المخدوم مسئولا عن عمل كل من السائق وخفير الزراعة[1] .

والمتأمل فى هذه الطائفة من الأحكام يستطيع ردها جميعاً إلى أصل واحد . ففى كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن يستطيع ارتكابه لولا وظيفته . فالخفير فى المثل الأول ما كان يستطيع استدراج الزوج إلى الدرك لولا تذرعه بوظيفته . والخفيران فى المثل الثانى ما كان يستطيعان قتل الصراف لو لم يكلفا بحراسته . والكونستابل فى المثل الثالث ما كان ليعبث بالمسدس لو لم يتسلمه بحكم الوظيفة . والخادم فى المثل الرابع ما كان ليصيب العابر لو لم يتسلم السيارة من سيده باعتباره خادماً له . والفراش فى المثل الخامس لم يكن ليستطيع اغتيال الناظر لولا تقدمه إلى باب السيارة باعتباره فراشاً[2] . وساعى البريد فى المثل السادس لم يكن ليسرق الكتاب لو لم يتسلمه بحكم عمله . وخفير الزراعة فى المثل الأخير ما كانت ليعبث بمفتاح الحركة فى السيارة لو لم يكن خفيراً عند مخدومه .

نقول إن المعيار الذى يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . ونعارض بهذا المعيار معيارين آخرين ، قال بأحدهما القضاء ، وقال الفقه بالثانى .

أما معيار القضاء فهو هذا الذى تكرر فى الأسباب التى نقلناها عن محكمة النقض، إذ غلب فيها ذكر أن الوظيفة هى التى ساعدت على إتيان الخطأ وهيأت الفرصة لارتكابه[3] . وكانت المحكمة فى غنى عن هذا المعيار الذى يفيض عن الحاجة فيما يتسع له[4] . فليس

---

(١) نقض جنائى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ ص ٧٠٢ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم . وذكرت محكمة النقض فى أسباب حكمها ما يأتى : «إن إصابة المجنى عليهما قد تسببت عن خطأ السائق اثناء قيامه بعمله عند مخدومه وخطأ الخفير وهو يؤدى عملا لسيده ما كان يؤديه لو لم يكن خفيراً عنده» .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الخادم ، وهو السائس لا السائق ، غير مكلف من قبل مخدومه بقيادة السيارة وكان أجنبياً عن هذه الخدمة ، فاستعمل السيارة فى غفلة من المخدوم، وصدم بها شخصاً فقتله ، فإن المخدوم لا يكون مسئولا عن فعله (نقض جنائى فى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥ - وانظر نقداً لهذا الحكم للأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية ص ١٩٥ - ص ١٩٦) .

(٢) يضاف إلى هذا الاعتبار فى هذا المثل بالذات أن الفراش لم يكن ليفكر فى ارتكاب الخطأ لولا وظيفته. وهذا هو المعيار الثانى الذى ننتقل إليه فيما يلى .

(٣) قد دافع الأستاذ مصطفى مرعى بك عن هذا المعيار دفاعاً شديداً (أنظر كتابه فى المسئولية المدنية فقرة ٢٢٩ بوجه خاص) .

(٤) أنظر فى هذا المعنى تعليق الدكتور سليمان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ - ص ١٧٨ .

كافياً أن تكون الوظيفة ساعدت على إتيان الخطأ أو أنها هيأت الفرصة لارتكابه ، بل يجب فوق هذا إثبات أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . فعلاقة الوظيفة بالخطأ ليست فحسب أنها ساعدت عليه وهيأت الفرصة لارتكابه . بل هي أكثر من ذلك ، إذ هي ضرورية لإمكان وقوع الخطأ ، ولولاها لما استطاع التابع أن يأتي العمل الذي جعله مسئولا .

وأما معيار الفقه فيتلخص كما أسلفنا في أن تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ[١] . والسببية المباشرة ، فوق ما تنطوي عليه من إبهام ، لا تزال أوسع من المعيار الذي نقول به. فقد تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ دون أن تكون ضرورية في ارتكابه .

فنحن إذن نؤثر المعيار الذي قررناه ، ونذهب إلى أن الوظيفة يجب أن تكون ضرورية لارتكاب الخطأ[٢] . وهذا هو المعيار الأول في الخطأ بسبب الوظيفة ، استخلصناه من هذه الطائفة الأولى من الأحكام . وننتقل الآن إلى المعيار الثاني ، نستخلصه من الأحكام التي تنتظمها الطائفة الثانية .

الطائفة الثانية : (١) ارتكب موظف إداري جريمة تحط من كرامة أشخاص ينتمون إلى الحزب المعارض لسياسة الحكومة ، لا مدفوعا بعامل شخصي ، بل إرضاء للحكومة القائمة، وابتغاء الزلفى عندها .فقضت محكمة جنايات المنصورة[٣] بأن الحكومة تكون مسئولة عن هذا الموظف ، وأيدت محكمة النقض[٤] هذا الحكم .

(٢) رأى خادم سيده يتضارب مع شخص آخر ، فبادر إلى مساعدته، وضرب الشخص الآخر ضرباً لم يقصد به قتله لكنه أفضى إلى موته . فقضت محكمة النقض بأن السيد يعتبر مسئولا عن نتيجة الأعمال التي ارتكبها الخادم في مصلحة سيده، ولو كانت هذه النتيجة أشد خطورة مما كان يريده السيد[٥] .

(٣) نسب إلى عمال أحد المقاولين أنهم اعتدوا على أرض زراعية ، فغضب ناظر

(١) أنظر تعليق الدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٥٥ وما بعدها ، وهو التعليق الذي سبقت الإشارة إليه . وانظر تعليقاً آخر له في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني .

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٦٨٢ في الهامش) أنه لا يكفي القول بأنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، فهذه العبارة لا تفيد أكثر من قيام علاقة السببية المباشرة ما بين الوظيفة والخطأ ، ولا يفهم منها حتما أن الوظيفة كانت ضرورية لإمكان وقوع الخطأ .

(٣) جنايات المنصورة في ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٤ ص ٣٧٨.

(٤) نقض جنائي في ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٧ .

(٥) نقض جنائي في ٥ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥٠٣ ص ٦٠٦ . وقضت محكمة بني سويف في هذا المعنى بأنه إذا تضارب عمدة مع شخص آخر ، فاعتدى خادم العمدة على هذا الشخص الآخر [illegible] العمدة مسئولا عن فعل خادمه (بني سويف في ٣١ يناير سنة١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٩٤ ص [illegible]

الزراعة واعتدى على هؤلاء العمال اعتداء مسلحاً . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الدائرة التي يعمل ناظر الزراعة في خدمتها ، والتي وقع الاعتداء المسلح على العمال لحمايتها، مسئولة عن عمل ناظر الزراعة ، سواء كان هذا العمل الذي قصد به الناظر مصلحتها قد أدى إلى نفعها أو عاد عليها بالضرر[١] .

(٤) اتهم شخص بالسرقة ، فأراد وكيل شيخ الخفر أن يفرض عليه صلحاً لقاء مبلغ من النقود يدفعه لمن وقعت عليه السرقة ، ولما لم يجد معه نقوداً ضربه ضرباً أفضى إلى موته. فاعتبرت محكمة النقض أن الحكومة مسئولة عن عمل وكيل شيخ الخفر ،وقالت في أسباب حكمها إن المجني عليه «كان تحت حراسة رجال الحفظ الذين منهم وكيل شيخ الخفر، فإذا ما تعدى هذا الأخير عليه بالضرب في هذا الظرف ، كان هذا التعدي واقعاً منه أثناء تأدية وظيفته ، ولم يكن التفتيش والضرب إلا اعتماداً على تلك الوظيفة . وبذلك تكون الحكومة مسئولة مدنياً عن نتيجة خطأ المتهم طبقاً للمادة ١٥٢ مدني (قديم) ، ولا تأثير للباعث على الجريمة وهو فرض الصلح على المجني عليه في الدعوى الحالية وعدم قيامه بدفع المبلغ المطلوب منه ، لأن نص تلك المادة صريح في فرض المسئولية على المخدوم عن كل ما يأتيه الخادم حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التي يمكن أن تكون قد دفعته إلى ارتكاب ما ارتكب ، ولأن أساس مسئولية المخدوم عن خطأ خادمه يرتكز على افتراض سوء الاختيار والنقص في المراقبة . ويكفي لقيام هذا الافتراض أن يرتكب الخادم خطأ أثناء تأدية عمله، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصي له أو عن الرغبة في خدمة المخدوم»[٢] .

(٥) اعتدى سائق إحدى السيارات العامة على راكب بسبب ما أبداه الراكب من الاعتراض على السائق لعدم وقوفه عند محطة إجبارية ، فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الشركة التي يعمل السائق في خدمتها مسئولة عن خطأ هذا السائق[٣] .

والمتأمل في هذه الطائفة من الأحكام يستطيع أن يردها هي أيضا إلى أصل واحد. ففي كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . فالموظف الإداري في المثل الأول ما كان ليفكر في الاعتداء على الأشخاص الذين ينتمون إلى الحزب المعارض لولا وظيفته ، وما ولدته هذه الوظيفة في نفسه من الرغبة في تملق الحكومة القائمة . والخادم في

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٤ . أنظر أيضا استئناف مختلط في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٧ .

(٢) نقض جنائي في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٤ رقم ١٠٩ ص ٩٠ .

(٣) استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤ . كذلك يكون عامل النقل مسئولا عن عمل سائق عنده هتك عرض طفلة كان مكلفا بنقلها (محكمة السين الفرنسية في ٢٨ مايو سنة ١٨٧٢ داللوز ١٨٧٣ — ٣ — ٧) ، وعن سرقة عامل عنده لمتاع أحد الركاب (محكمة السين الفرنسية في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ — ٥ — ٧٥) .

المثل الثاني ما كان ليفكر في ضرب المعتدى على سيده لولا أنه خادم هذا السيد . وناظر الزراعة في المثل الثالث ما كان ليفكر في الاعتداء على العمال لولا أنه يعمل في خدمة الدائرة التي قصد حمايتها . ووكيل شيخ الخفر في المثل الرابع ما كان ليفكر في ضرب المتهم لو لم يكن من رجال الحفظ وقد رغب في إنهاء الحادث صلحاً . والسائق في المثل الخامس ما كان ليفكر في الاعتداء على الراكب لو لم يكن هو السائق للسيارة . ومن ثم فالمعيار الثاني الذي يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة .

فهناك إذن معياران للخطأ بسبب الوظيفة ، ويعتبر التابع قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته إما لأن لم يكن ليستطيع ارتكاب هذا الخطأ ، وإما لأنه لم يكن ليفكر في ارتكابه ، لولا الوظيفة [(1)] .

٦٨٥ – الخطأ بمناسبة الوظيفة : ويتبين مما تقدم أن المتبوع لا يكون مسئولا إذا لم يكن خطأ التابع قد وقع بسبب الوظيفة على النحو الذي فصلناه ، بل كان هذا الخطأ قد وقع بمناسبة الوظيفة ، بأن اقتصرت الوظيفة على تيسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه ، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو لتفكير التابع فيه . وإذا كانت محكمة النقض عندنا تقرر غير ذلك فيما تتقدم به من الأسباب لأحكامها ، وتذكر في كثير من هذه الأسباب أنه يكفي لتحقق مسئولية المتبوع أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، فقد رأينا أنها كانت في غنى عن هذا التوسع ، وأن أحكامها تستقيم فيما عرض لها من الأقضية لو أنها التزمت المبدأ الصحيح، واشترطت أن يكون الخطأ قد وقع بسبب الوظيفة ، لا بمناسبة الوظيفة فحسب ، فإن الأحكام التي أصدرتها في هذا الموضوع كان منطوقها لا يتغير لو أقيمت أسبابها على هذا الأساس

(١) وقد رأينا أن التابع يعتبر قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته ، سواء حرضه المتبوع على هذا الخطأ أو لم يحرضه ، وسواء علم المتبوع بالخطأ أو لم يعلم ، وسواء عارض فيه أو لم يعارض ، ورأينا كذلك أن الخطأ يكون بسبب الوظيفة حتى لو دفع التابع إلى ارتكابه حافز شخصي .

وبقي أن تقرر أن مسئولية المتبوع تنتفي ، ولو كان الخطأ بسبب الوظيفة ، إذا تبين أن المضرور قد عامل التابع وهو عالم بمجاوزته حدود وظيفته ، فإن المضرور في هذه الحالة يكون قد عامل التابع بصفته الشخصية لا باعتباره تابعاً . وقد قضت محكمة النقض بأن معاملة التابع مع العلم بأنه لا يعمل لحساب متبوعه لا يجعل المتبوع مسئولا ، كمستخدم في مصرف عومل على اعتبار أنه يعمل لحساب نفسه، فلا يكون المصرف مسئولا عنه (نقض جنائي في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ١١٤ ص ٢٩٦) . فلو أن سائق السيارة اتفق مع صديق له على أن يختلس السيارة من سيده للتنزه بها معاً، وارتكب السائق خطأ كان سبباً في إصابة صديقه ، لم يكن صاحب السيارة مسئولا عن هذا الخطأ (الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٩٦ ص ١١١ – أنظر أيضاً تعليقاً له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٨٠ – وانظر استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٩١ – وفي ١٦ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٨) .

الدقيق . ولقد كان القانون المدني الجديد موفقاً كل التوفيق عندما جلا الغموض الذي يحيط بهذه المسألة ، فقد رأينا أنه نص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ على أن «يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها» . فذكر الخطأ في تأدية الوظيفة والخطأ بسبب الوظيفة ، وتجنب أن يذكر الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الخطأ الذي تكون الوظيفة قد هيأت الفرصة لارتكابه [(1)] .

ونأتي بأمثلة للخطأ الذي تهيئ الوظيفة الفرصة لارتكابه وهو الخطأ بمناسبة الوظيفة، لتبين الفرق بينه وبين الخطأ بسبب الوظيفة .

لو أن سائق السيارة ، بدلا من أن يعتدي على الراكب معه مما يجعل الخطأ واقعاً بسبب الوظيفة فيما قدمناه ، كان يضمر الحقد لخصم له ، فقصد الانتقام منه ، وتعقبه في الطريق، وانتهز فرصة قيادته للسيارة فدهسه بها ، لم يكن صاحب السيارة مسئولا عن عمل السائق، لأن السائق كان ينوي الإضرار بخصمه ، سواء كان ذلك بدهسه أو بأن يلحق به أي نوع آخر من أنواع الأذى ، فلم تكن وظيفة السائق ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتصرت على تيسيره وهيأت الفرصة لوقوعه . ويكون الخطأ في هذه الحالة قد وقع ، لا بسبب الوظيفة، بل بمناسبة الوظيفة .

ولو أن طاهياً أمسك بالسكين التي يستخدمها في عمله ، وطعن بها القصاب الذي يشتري منه اللحم لسيده لشجار بينهما نشب بسبب هذا التعامل ، كان هذا خطأ بسبب الوظيفة، لأن الطاهي لم يكن ليفكر في الاعتداء على القصاب لولا وظيفته . ولكن هذا الطاهي نفسه ، لو كان له خصم يريد إيذاءه ، فذهب إليه حيث يسكن ، وأخذ السكين معه وطعنه بها ، لم يكن هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهي لو لم يجد هذه السكين لعثر على غيرها ، فوظيفة لم تكن ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتصرت على أن تيسير له ارتكابه، وأن تهيئ له الفرصة في ذلك . فالخطأ هنا لم يقع بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة

(١) وقد رأينا أن المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد قد جارى محكمة النقض فيما درجت عليه من توسع يجاوز الحاجة ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع على أن «يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولا كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع في ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة» . وكذلك فعل المشروع النهائي والمشروع الذي أقر مجلس النواب . ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هي التي أدخلت هذا التعديل الموفق على النص، فجعلت «المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها» ، وإن كانت قد ذكرت في تقريرها أنها آثرت «أن تنسج على منوال التقنين الحالي (القديم) في التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج في تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون الحالي (القديم)» ، فلم تكن تحس وقت أن أدخلت هذا التعديل مقدار ما أصابت من التوفيق (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٣ – ص ٤٢٠) .

الوظيفة ، ولذلك لا يكون السيد مسئولا عن عمل الطاهى .

ولو أن الخفير الذى أحب امرأة متزوجة فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، فارتكب خطأ بسبب الوظيفة على النحو الذى قدمناه ، لم يتذرع بوظيفته فى التضليل بالزوج ، بل ذهب إليه فى مسكنه ، وفى غير وقت العمل ، وأطلق عليه عياراً نارياً فقتله ، لم يكن هذا العمل خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الخفير كان يستطيع قتل الزوج بسلاح آخر غير السلاح الذى تسلمه من الحكومة ، وإنما يسر له سلاح الحكومة ارتكاب جريمته ، وهيأ له الفرصة فى ذلك . فيكون الخطأ الذى وقع منه خطأ بمناسبة الوظيفة، ولا تكون الحكومة مسئولة عنه . وقد سبق أن رأينا أن الخفير ، وهو يضبط المتهم ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ فيصيب مقتلا منه ، يكون قد ارتكب خطأ فى تأدية الوظيفة . فهذا عيار نارى يطلقه الخفير ، يكون خطأ : تارة فى تأدية الوظيفة ، وطوراً بسبب الوظيفة ، وثالثة بمناسبة الوظيفة .

٦٨٦ – الخطأ الأجنبى عن الوظيفة : وإذا كان الخطأ بمناسبة الوظيفة لا يجعل المتبوع مسئولا عن عمل تابعه ، فأولى بالخطأ الأجنبى عن الوظيفة أن يكون له هذا الحكم .

ومن أمثلة الخطأ الأجنبى عن الوظيفة ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا كان الثابت بالحكم أن حادث القتل المطلوب التعويض عنه قد وقع خارج المصنع الذى يعمل فيه القتيل وفى غير أوقات العمل . وأن مرتكبيه من عمال المصنع قد دبروه فيما بينهم خارج المصنع أيضاً عشية وقوعه ، فلا يصح اعتبار أنهم ارتكبوه أثناء تأدية وظيفتهم لدى صاحب المصنع ، وبالتالى لا يصح إلزامه بالتعويض عنه مهما كان سببه أو الدافع إليه ، ما دامت العلاقة الزمنية والمكانية منعدمة بينه وبين العمل الذى يؤديه الجناة لمصلحة صاحب المصنع (١)(أ) .

(١) نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦ ، وقد قرر هذا الحكم أن أحكام مسئولية المتبوع عن التابع واحدة فى القانونين المصرى والفرنسى ، ثم بحث عن الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية . فقال فى هذا المعنى إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) تقتضى لمساءلة المخدوم أن يكون الضرر الذى أصاب الغير ناشئا عن فعل الخادم فى حال تأدية وظيفته (en exerçant ses fonctions) ، تلك العبارة التى يقابلها فى المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى (dans les fonctions auxquelles ils les ont employés) والعبارتان مؤداهما واحد، ولا فرق بينهما إلا من حيث إن النص فى القانون المصرى قد لوحظ فيه دقة التعبير عن المعنى المقصود . والمادة المذكورة إذ جعلت المسئولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى مقتضاها، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر. وهذا الاستثناء – على كثرة ما قيل فى صدد تسويغه – أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً . لذلك يكون من المتعين عدم الأخذ بهذا الاعتبار إلا فى الحدود المرسومة فى القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعاً من التابع أثناء قيامه بوظيفته . وبما أن مسئولية المخدوم عن خطأ =

وقضت محكمة جنايات طنطا بأن الحكومة غير مسئولة عن جناية ارتكبها أحد رجال البوليس فى وقت كان فيه متغيباً عن عمله فى أجازة رسمية (١) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المصلحة لا تكون مسئولة عن الضرر الذى أصاب شخصاً من جراء حادث من حوادث الصيد وقع بخطأ من الحارس وهو يصطاد فى غير ساعات العمل (٢) .

وقضت هذه المحكمة أيضا بأن يتدخل دون حق فى عملية تسليم البضائع ، فيوجه مباشرة أوامر للحمالين ، ويخالف بذلك اللوائح ، ليس له أن يرجع على إدارة الجمارك بالضرر الذى يحدثه الحمالون وهم ينفذون أوامره (٣) . وهنا نرى أن التابع ، وهم الحمالون ، قد ارتكب الخطأ الأجنبى عن الوظيفة فى المكان وفى الزمان اللذين يؤدى فيهما الوظيفة .

= خادمه ، وإن كانت محل خلاف من حيث وجوب اتصال الفعل الضار بالوظيفة إذا كان قد وقع أثناء القيام بها أو عدم وجوب اتصاله بها ، إلا أنه لا جدال فى أن الحادث الموجب للمسئولية يجب أن يكون قد اقترفه التابع فى وقت لم يكن قد تخلى فيه عن عمله عند المتبوع وانقطعت الصلة فيه بينهما ولو موقتاً، وأصبح التابع بذلك حراً يفعل ما يريد ويتصرف كما يشاء تحت مسئوليته وحده . ذلك لأن مسئولية المتبوع إنما تقوم على ما للسيد من حق إصدار أوامره وتعليماته إلى تابعه والتمكن من ملاحظته فى تنفيذ ما عهد به إليه . فإذا انفلت هذا الزمام من يد المتبوع كان التابع غير قائم بوظيفته ، وكان المتبوع من ثم غير مسئول عن تصرفاته بحال ما .

ومهما يكن من وجاهة هذه الأسباب ، فإن هناك محلا للتحفظ فى هذه القضية . ذلك أن القتيل كان رئيساً لعمال المصنع ، وقد قتلوه انتقاماً منه ، لضربه واحداً منهم لاحظ عليه مخالفته للتعليمات. فيمكن القول إن العمال ما كانوا ليفكروا فى ارتكاب جريمتهم لولا الوظيفة ، ويكون الخطأ الذى صدر منهم قد وقع بسبب الوظيفة ، فتقوم مسئولية صاحب المصنع باعتباره مخدوماً للعمال .

(أ) لما كان البين من الأوراق أن المطعون عليه الثانى هتك عرض المجنى عليها فى منزله فى الوقت الذى كان يعطيها فيها درسا خاصا ، ومن ثم فأنه وقت ارتكابه العمل غير المشروع لم يكن يؤدى عملا من أعمال وظيفته وانما وقعت الجريمة منه خارج زمان الوظيفة ومكانها ونطاقها وفى الوقت الذى تخلى فيه عن عمله الرسمى فتكون الصلة قد انقطعت بين وظيفته وبين العمل غير المشروع الذى ارتكبه ولا يكن للطاعن سلطة التوجيه والرقابة عليه وهى مناط مسئوليته فتنتفى مسئولية الطاعن عن التعويض المطالب به .

(جلسة ١٩٩٢/٧/١٩ الطعن ٢٧٧٥ لسنة ٥٨ ق)

(١) جنايات طنطا فى ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٣ ص ٣٤ . كذلك لا يكون المخدوم مسئولا إذا سرق خادمه متاعاً من المنزل الذى يقيم فيه بعيداً عن سيده ، أو سرق شيئاً من مطعم يتردد عليه ، أو بدد وديعة اؤتمن عليها بصفته الشخصية (الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٠ ص ٢٠٧) .

(٢) استئناف مختلط فى ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٧ . وقد تكون «البندقية» التى كان الحارس يصطاد بها سلمت له بحكم عمله ، فتكون الوظيفة قد ساعدت على ارتكاب الخطأ ، وتنتقل بذلك من خطأ أجنبى عن الوظيفة إلى خطأ بمناسبة الوظيفة ، ولكن فى الحالتين لا مسئولية على المتبوع .

(٣) استئناف مختلط فى ٢ مايو ١٩٠٦ م١٨ ص٢٣١ أنظر أيضاً محكمة مصر التجارية المختلطة فى ٢٨ مارس ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٠ ص١٩٢ .

فليس من الضرورى إذن ، حتى يكون الخطأ أجنبياً عن الوظيفة ، أن يكون منقطع الصلة بها فى الزمان أو فى المكان [1] .

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية المتبوع

٦٨٧ – مسألتان : متى تحققت مسئولية المتبوع بتوافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما – علاقة التبعية وخطأ فى تأدية الوظيفة أو بسببها – قامت هذه المسئولية على أساس ينبغى تحديده . وهى على كل حال لا تجب مسئولية التابع ، بل تقوم إلى جانبها .

فنتكلم فى مسألتين : (١) تكييف مسئولية المتبوع . (٢) قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع .

١ – تكييف مسئولية المتبوع

٦٨٨ – آراء مختلفة : بعد أن بينا الشرطين الواجب توافرهما حتى تقوم مسئولية المتبوع عن التابع ، بقى أن نكيف هذه المسئولية التكييف الذى يتلاءم مع هذين الشرطين .

وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن مسئولية المتبوع عن التابع تقوم على خطأ مفترض (faute présumée) فى جانب المتبوع . وأخذ بهذا الرأى كثير من أحكام القضاء . ولكن الرأى أصبح منتقداً ، وكاد يصبح رأياً مرجوحاً ، وقام إلى جانبه آراء أخرى مختلفة . فهناك من يقول بأن مسئولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعة (idée de risque) . وآخرون يقولون بل تقوم على فكرة الضمان (idée de garantie) . وذهب بعض إلى أنها تقوم إما على فكرة النيابة (idée de représentation) ، وإما على فكرة الحلول (idée de subsititution) .

والمتأمل فى هذه الآراء الخمسة يستطيع أن يردها إلى أصلين . فإما أن تكون مسئولية المتبوع عن التابع مسئولية ذاتية (responsabilité personnelle) أو هى مسئولية عن الغير (responsabilité pour autrui) .

فإذا قدرنا أنها مسئولية ذاتية رددناها إلى اعتبار فى شخص المتبوع: خطأ فى جانبه وهذا هو الخطأ المفترض، أو نفع يجنيه لنفسه وهذا هو تحمل التبعة.

وإذا قدرنا أنها مسئولية عن الغير رددناها إلى اعتبار فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع: فإما أن تعتبر المتبوع كفيلا للتابع وهذا هو الضمان، وإما أن نعتبر التابع نائباً عن المتبوع وهذه هى النيابة، وإما أن نعتبر شخصية التابع امتداداً لشخصية المتبوع وهذا هو الحلول.

(١) أنظر فى هذا المعنى الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٠ – وقد أورد مثل من يرسل خادمه ليشترى له شيئاً من السوق ، فيتشاجر الخادم فى الطريق مع آخر ويعتدى عليه ، فلا يكون المخدوم مسئولا . وأورد أيضاً مثل الموظف يستقبل فى مكتبه وفى وقت عمله دائنا له، وتقوم مشادة بين الاثنين بسبب الدين ، فيعتدى الموظف على الدائن بالضرب ، فلا يكون المخدوم مسئولا .

والصحيح فى نظرنا أن مسئولية المتبوع عن التابع ليست مسئولية ذاتية بل هى مسئولية عن الغير [1] . ولعلها هى المسئولية الوحيدة عن الغير فيما قرره القانون من مسئوليات مختلفة. فإن مسئولية متولى الرقابة مسئولية ذاتية كما رأينا [2] . وسنرى أن المسئولية عن الحيوان وعن البناء وعن الأشياء هى أيضا مسئولية ذاتية تقوم على خطأ فى جانب المسئول نفسه . فلا يبقى إلا مسئولية المتبوع عن التابع ، وهذه هى المسئولية عن الغير .

ومتى قررنا أن مسئولية المتبوع عن التابع هى مسئولية عن الغير ، يستوى عندنا بعد ذلك أن تقوم على فكرة الضمان أو على فكرة النيابة أو على فكرة الحلول ، فكلها تؤدى إلى نتيجة رئيسية واحدة ، وإن اختلفت فى بعض التفصيلات .

ونستعرض الآن ، بعد هذا التمهيد، الآراء الخمسة التى سبقت الإشارة إليها الخطأ المفترض وتحمل التبعة والضمان والنيابة والحلول .

٦٨٩ – الخطأ المفترض : هذا الرأى هو أقدم الآراء الخمسة ، وكان هو الرأى التقليدى السائد إلى عهد قريب . ويتلخص فى أن المتبوع يقوم فى جانبه خطأ مفترض : خطأ فى الرقابة أو خطأ فى التوجيه أو خطأ فى الاختيار ، أو خطأ فيها جميعاً . وهذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . فالتابع إذا ارتكب خطأ كان المتبوع مسئولا عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً فى جانب المتبوع ، فإما أن يكون المتبوع قد قصر فى اختيار تابعه، أو قصر فى الرقابة عليه ، أو قصر فى توجيهه . وهذا التقصير نفترضه افتراضاً ، ولا نقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر . وقد قال بهذا الرأى ، كما قدمنا ، كثير من الفقهاء والمحاكم فى مصر وفى فرنسا [3](1) .

(١) وقد كنا نأخذ برأى آخر فى الموجز (فقرة ٣٥٣) ، فكنا نقول بأن مسئولية المتبوع عن تابعه مبنية على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٧١ فى الهامش .

(٣) وقد كنا ، كما سبق القول ، ممن يقول بهذا الرأى ، وقد جاء فى الموجز (فقرة ٣٥٣ فى هذا الصدد ما يأتى : «مسئوليةالمتبوع عن تابعه ، فى الحدود التى بيناها ، مبنية على خطأ فى «التوجيه والرقابة» ، وهو خطأ مفروض فى جانب المتبوع لا يكلف المدعى بإثباته . وليس على هذا إلا أن يثبت خطأ التابع، فيفرض أن المتبوع قد قصر فى توجيه تابعه أو فى رقابته حتى وقع منه هذا الخطأ ، والخطأ المفروض فى جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس ، فلا يجوز للمتبوع أن يتخلص من المسئولية بإثبات أنه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجيه تابعه والرقابة على أعماله ، كما يستطيع ذلك من يتولى رعاية شخص آخر فيما قدمناه» .

أنظر أيضا الدكتور حشمت أبو ستيت بك فى نظرية الالتزام فقرة ٥٠٩ (وهو ينتهى بأن هذه المسئولية لا يمكن ردها إلى أساس من المنطق مستقيم ، ولا مناص من التسليم بها كما أرادها القانون والقضاء) . وانظر كذلك الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٢ .

وقد صدرت من محكمة النقض أحكام كثيرة فى معنى الخطأ المفترض . من ذلك ما قضت به هذه المحكمة من أن «ضمان السيد يقوم قانونا على مظنة خطئه فى اختياره خادمه وفى مراقبته إياه ، بما له =

= عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة . وهي مظنة قانونية تعفى المضرور من إثبات خطأ من المخدوم فى اختيار الخادم أو فى مراقبته . ولا يعفى السيد من الضمان إلا إذا أثبت الحادث الضار قد نشأ عن قوة قاهرة لا شأن فيها لخادمه أو عن خطأ المجنى عليه نفسه» (نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ – ويلاحظ أن المحكمة هنا قد أعفت المتبوع من المسئولية عندما ينفى هذه المسئولية لا عن نفسه هو بل عن تابعه ، فتنتفى المسئولية عن المتبوع لا ابتداء بل تبعاً لانتفائها عن التابع – أنظر أيضاً نقض جنائى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٣ رقم ١ ص ١) . ومن ذلك أيضا ما قضت به من أن «هذه المسئولية (مسئولية المتبوع) مفترضة افتراضاً قانونياً» (نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨) ، وما قضت به من «أن أساس مسئولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض فى جانب المتبوع من الخطأ والتقصير فى اختيار التابع أو فى رقابته» (نقض جنائى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) ، وما قضت به من أن المتبوع يجب أن يسأل «على أساس اساءة الخدم استعمال شؤون الخدمة التى عهد هو بها إليهم ، متكفلا بما افترضه القانون فى حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم فى كل ما تعلق بها» (نقض جنائى فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ – ص ١٩ – وانظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض جنائى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢) ، وما قضت به من «أن مسئولية السيد أساسها خطأه بسوء اختيار من عهد إليهم بخدمته وبتقصيره فى مراقبتهم، وهذه (المسئولية) ليست إلا تطبيقاً خاصاً لقواعد المسئولية الشخصية ، إلا أن الشارع قد أراد أن يجعل من. خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ سيده ، فلم يغنه عموم نص المادة ١٥١ (القديمة)» (نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠).

وجاء فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد ما يفيد أن مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض . من ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من «أن المشروع جعل من الخطأ المفترض أساساً لهذه المسئولية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . ومن ذلك ما وقع فى لجنة المراجعة من أن أحد أعضاء هذه اللجنة أثار مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز «فأجيب بأنه ما دامت المسئولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) . ومن ذلك ما انتهى إليه رأى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أن «خطأ الخادم مفروض فيه أنه يرجع لسوء اختياره من قبل السيد ، فالخطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، وهذا هو ما أجمع عليه القضاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٩ – أنظر أيضا ص ٤١٨) . ولا نظن أن الأعمال التحضيرية ، على صراحتها فى أن مسئولية المتبوع تقوم على خطأ المفترض، تقيد الفقه فى اجتهاده ، إذا هو ذهب إلى أساس آخر لهذه المسئولية فى ظل القانون الجديد.

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين يقولون بالخطأ المفترض بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٩١١ – ديمولومب ٨ فقرة ٦١٠ – لوران ٢٠ فقرة ٥٧٠ وما بعدها – بيدان فقرة ١٢١١ . ومن ذلك نرى أن الخطأ المفترض هو الرأى التقليدى فى فرنسا فى هذه المسألة . وانظر فى الأحكام الفرنسية التى أخذت بهذا الرأى مازو ١ فقرة ٩٣١ فى الهامش .

(1) أحكام النقض مستقرة على أن مسئولية المتبوع تقوم من جانبه خطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، مسئولية المتبوع قيامها على خطأ مفترض من جانبه لا يقبل اثبات العكس . نطاقها.. أن يكون فعل التابع قد وقع أثناء تأديته وظيفته أو كان قد استغل وظيفته أو ساعدته أو هيأت له فرصة ارتكاب الفعل غير المشروع سواء كان ذلك لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى ، بعلم المتبوع أو بغير علمه المادة ١٧٤ مدنى ، ارتكاب ضابط بالقوات المسلحة جريمة قتل عمد بمسدسه الذى فى عهدته بحكم وظيفته . اثره تحقق مسئولية وزير الدفاع عن الضرر باعتباره متبوعا . نفى الحكم المطعون فيه هذه =

والذى يؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما . وهما :

(أولا) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس ، لأمكن للمتبوع فى القليل أن يتخلص من هذه المسئولية إذ هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجبه فى الاختيار والرقابة والتوجيه بما ينبغى من العناية ، أى إذا نفى علاقة السببية بين الضرر الذى وقع والخطأ المفترض فى جانبه (١) . وهذا ما لا يستطيعه بإجماع الفقه والقضاء . نعم هو يستطيع نفى علاقة السببية ما بين الضرر الذى وقع وخطأ التابع لا خطئه هو ، فيتخلص من المسئولية ، ولكن لا عن طريق أنه غير مسئول عن تابعه ، بل عن طريق أن التابع نفسه غير مسئول ، ومسئولية المتبوع لا تقوم كما قدمنا إلا تبعاً لمسئولية التابع (٢) . ولكنه لا يستطيع التخلص من المسئولية بإثبات أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر (٣) . ولو أنه أثبت ذلك ، فنفى علاقة السببية بين الضرر وخطئه المزعوم ، ليبقى مع ذلك مسئولا عن تابعه . وفى هذا دليل قاطع على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على خطأ مفترض ، بل لا تقوم على خطأ أصلا ، إذ أن المسئولية التى تقوم على خطأ ، حتى لو كانت هذا الخطأ مفترضاً وحتى لو كان الافتراض غير قابل

= المسئولية على قاله أن خطأ التابع منبت الصلة بعمله قانونا وزماناً وانتفاء علاقة السببية بين الخطأ والوظيفة خطأ .

(جلسة ١٩٩٧/٤/٨ الطعنان رقما ٧٢٣ ، ٨٠٧ لسنة ٥٨ ق السنة ٤٨ ص ١٢١ ع١)

(جلسة ١٩٩٢/٧/١٩ الطعن ٢٧٧٥ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣ الطعن ١٨١ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨٣/١١/١٠ الطعن ٥٨٩ لسنة ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٥٧٨)

(جلسة ١٩٨١/٢/٣ الطعن ٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٢ ص ٤١٥)

(١) وقد رأينا أن متولى الرقابة يستطيع التخلص من المسئولية على هذا الوجه ، كما يستطيع التخلص بإثبات أنه قام بواجب الرقابة (أنظر آنفا فقرة ٦٧٣) ، لأن افتراض الخطأ فى جانبه قابل لإثبات العكس، فيستطيع نفى المسئولية بإثبات العكس كما يستطيع نفيها بنفى علاقة السببية .

(٢) أنظر فى هذا المعنى : نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ . وقد سبقت الاشارة إلى هذا الحكم وإلى هذه الملاحظة .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يتضمن نصاً بهذا المعنى (الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع) ، وقد حذفته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وإن كانت قد ذكرت فى تقريرها سبباً لهذا الحذف أن حكم الفقرة المحذوفة «يفضى إلى جعل قرينة المسئولية من قبيل القرائن البسيطة فى هذه الحالة ، ولا محل للعدول عما قرره القانون الحالى (القديم) من جعل هذه القرينة قاطعة لا تسقط بإثبات العكس «مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٠) – وفى هذا خلط واضح بين نفى الخطأ ونفى علاقة السببية .

لإثبات العكس ، ترتفع بنفى علاقة السببية . وقد رأينا هنا أن مسئولية المتبوع لا ترتفع بنفى هذه العلاقة [1] .

(ثانياً) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض لسقطت مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز . فقد رأينا أن غير المميز لا يتصور ارتكابه للخطأ ، فكيف يتصور افتراض الخطأ فى جانبه ! وفى الحالات النادرة التى يكون فيها غير المميز مسئولا ، تكون مسئوليته قائمة لا على الخطأ ، بل على تحمل التبعة كما رأينا . فإذا عرفنا أن المتبوع حتى لو كان غير مميز يكون مسئولا عن تابعه ، أدركنا أن مسئولية المتبوع لا يمكن أن تكون مبنية على الخطأ . وقد رأينا فيما قدمناه [2] أن المتبوع قد يكون صغيراً أو غير مميز ، فينوب عنه نائبه ، من ولى أو وصى أو قيم ، فى القيام بالرقابة على التابع وفى توجيهه . وهذا ما قضت به محكمة النقض فى مصر فى حكمين معروفين [3] . وفى ذلك دليل آخر على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على الخطأ .

(١) على أن هناك من التقنينات الحديثة ما يقيم مسئولية المتبوع على خطأ مفترض ، بل لا يتشدد فى هذا الافتراض إلى حد أن يجعله غير قابل لإثبات العكس ، فيجيز للمتبوع نفى الخطأ (أنظر فى هذا المعنى التقنين الألمانى م ٨٣١ وتقنين الالتزامات السويسرى م ٥٥ والتقنين الصينى ١٨٨ . ويصل التقنين النمساوى م ١٣٨٥ إلى حد أن يجعل المضرور مطالباً بإثبات الخطأ فى جانب المتبوع) . ويمكن القول إن التقنينات الجرمانية أكثر تساهلا فى مسئولية المتبوع من التقنينات اللاتينية ، فهذه لا تجيز للمتبوع حتى أن ينفى علاقة السببية (أنظر التقنين الفرنسى م ١٣٨٤ فقرة ثالثة – المشروع الفرنسى الإيطالى م ٧٩ – التقنين المصرى القديم ٢١٤/١٥٢ – التقنين المصرى الجديد م ١٧٤ – تقنين كويبك م ١٠٥٤ فقرة ٧ – وعلى هذا النهج سار التقنين البولونى م ١٤٤) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٧٩ فى آخرها .

(٣) قضت محكمة النقض بأن القاصر يسأل فى ماله عن خطأ خادمه عملا بالمادة ١٥٢ مدنى (قديم) ، ولا يحمل عنه وصيه هذه المسئولية (نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨) . وقضت أيضاً بأن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) ، إذ نصت بصيغة مطلقة على أنه «يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعاً منهم فى حال تأدية وظائفهم» ، فقد أفادت أنه لا يقتضى ثبوت أى تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يكفى لتطبيقها أن يكون الخطأ المنتج للضرر قد وقع من التابع أثناء تأدية وظيفته لدى المتبوع ، وإذن فيصح بناء على هذه المادة مساءلة القاصر عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن أفعال خدمه الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يتصور أى خطأ فى حقه ، إذ المسئولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر يكون للإدراك والتمييز حساب ، وإنما هى عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله فى خدمته (نقض جنائى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٩٥ ص ٢١٢) .

أما ما ورد فى الأعمال التحضيرية ، وسبقت الإشارة إليه ، من أنه عندما أثيرت مسألة مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز فى لجنة المراجعة ، «فأجيب بأنه ما دامت المسئولية مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) ، فلا يعد تفسيراً صحيحاً لأحكام القانون المدنى الجديد فى هذه المسألة.

٦٩٠ – تحمل التبعة : قال بهذا الرأى الفقهاء الذين يجعلون مسئولة المتبوع مسئولية ذاتية ، دون أن يقيموها على الخطأ [1] . فما دام المتبوع مسئولا مسئولية ذاتية ، وما دام لا يفترض خطأ فى جانبه ، فلا يبقى إلا أن يقال إن المتبوع ينتفع بنشاط تابعه ، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط ، والغرم بالغنم .

وهذا الرأى فيه مزيتان يتجنب بهما العيبين اللذين لاحظناهما على الرأى الذى يقول بالخطأ المفترض . فهو أولا لا يجيز للمتبوع أن يتخلص من المسئولية حتى لو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، إذ المسئولية المبنية على تحمل التبعة لا ترتفع بهذه الاستحالة ، بل يبقى المتبوع مسئولا لأنه يتحمل تبعة نشاط تابعه بعد أن انتفع بهذا النشاط . وهو ثانياً يجعل المتبوع مسئولا حتى لو كان غير مميز ، فغير المميز إذا لم يجز قيام مسئوليته على الخطأ جاز قيامها على تحمل التبعة .

ولكن هذا الرأى يؤخذ عليه هو أيضاً أنه يؤدى إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما . وهمـا :

(أولا) لو صح أن مسئولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، ففيم إذن اشتراط وقوع خطأ من التابع ؟ أليس المتبوع يتحمل تبعة نشاط تابعه ، لا تبعة خطئه ! فكل نشاط من التابع يصيب الغير بالضرر ، سواء انطوى هذا النشاط على خطأ أو كان مجرداً من أى خطأ ، كان ينبغى أن يحقق مسئولية المتبوع تطبيقاً لمبدأ تحمل التبعة ، ما دامت هذه المسئولية تقوم على هذا المبدأ . بل إن نشاط التابع الذى لا ينطوى على خطأ هو النشاط المألوف الذى ينتفع به المتبوع ، فهو أولى بالتحمل . ونحن قد رأينا أن الأمر على النقيض من ذلك ، وأن مسئولية المتبوع لا تقوم إلا إذا وقع خطأ من التابع .

(ثانياً) ولو صح أن مسئولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، وتحققت هذه المسئولية فوفى المتبوع المضرور ما يستحق من التعويض ، لما جاز للمتبوع أن يرجع على التابع ، فالمتبوع إنما يتحمل تبعة نشاط يفيد منه ، فيكون قد أخذ مقابلا لما أعطى . ففيم إذن رجوعه على التابع ؟ ولكننا سنرى ، على النقيض من ذلك ، أن رجوع المتبوع على التابع أمر قد انعقد عليه إجماع الفقه والقضاء .

ونرى من ذلك أن مبدأ تحمل التبعة لا يستقيم مع أحكام مسئولية المتبوع ، بما تقتضيه هذه المسئولية من خطأ يقع من التابع ، وبما ترتبه فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع من حق الرجوع .

(١) جوسران ٢ فقرة ٥١٣ – ديموج ٥ فقرة ٨٨٢ – سافاتييه ١ فقرة ٢٨٤ وما بعدها – دلان (Dallant) فى تعليقه فى داللوز ١٩٣١ – ١ – ١٧١ – بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٩ . وانظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ .

والحق أن مسئولية المتبوع ليست مسئولية ذاتية كما سبق القول ، فهى لا تقوم على خطأ يفترض فى جانب المتبوع ، ولا تستند إلى تبعة يجب عليه أن يتحملها . وإنما هى مسئولية عن الغير ، المتبوع فيها لا خطأ فى جانبه ، ولكنه يتحلم جريرة تابعه لا تبعة نشاطه. وننتقل الآن إلى الآراء التى تتوخى هذا النظر .

٦٩١ – مسئولية عن الغير – الضمان والنيابة والحلول : فالمتبوع إذن مسئول عن التابع مسئولية الشخص عن غيره . ويبقى أن نحدد على أى أساس تقوم هذه المسئولية .

يقيمها بعض الفقهاء على أساس الضمان (١)(أ) . فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بالضرر ، ما دام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه على التابع ، وما دام الخطأ الذى ارتكبه التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة أو بسببها . فهذه الحدود التى ترسم نطاق مسئولية المتبوع هى التى تفسر فكرة الضمان وتبررها . والمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد ، فيجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع . والكفالة هنا مصدرها لا الاتفاق .

ويقيمها فريق ثان على أساس النيابة(٢) . فالتابع نائب عن المتبوع . والنيابة قانونية . وهنا نرى التوسع فى فكرة النيابة الذى أشرنا إليه من قبل . فكما يلزم النائب الأصيل بما يقوم به من التصرفات القانونية فى حدود نيابته ، كذلك يلزم التابع المتبوع بما يقوم به من أعمال مادية – أى ما يرتكبه من خطأ – فى حدود تبعيته . فالحدود التى ترسم نطاق مسئولة المتبوع تفسر هنا أيضا فكرة النيابة وتبررها ، بشرط أن تتسع هذه الفكرة لتتناول التصرفات القانونية والأعمال المادية فى وقت معاً .

ويقيمها فريق ثالث على أساس الحلول(٣)... فالتابع قد حل محل المتبوع ، وأصبح الشخصان شخصاً واحداً ، فإذا ارتكب التابع خطأ فى الحدود المعروفة ، فكأنما المتبوع هو

---

(١) أنظر فى هذا المعنى ريبير فى القاعدة الأدبية فى الالتزامات المدنية فقرة ١٢٦ – بيسون فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٨ – ٢ – ١٣ – شوفو فقرة ٢٣ – الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فى مسئولية المتبوع عن فعل تابعه ، رسالة باللغة الفرنسية سنة ١٩٢٩ ص ٤٨ وما بعدها .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥ – محكمة النقض الفرنسية فى ١١ مايو سنة ١٨٤٦ داللوز ١٨٤٦ – ١ – ١٩٢ .

(أ) فكرة الضمان هى التى أخذت بها محكمة النقض . مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وهي تقوم على فكرة الضمان القانونى ، فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد .

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧ الطعن ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٦/١٠/٢٢ الطعن ٣٨٥ لسنة ٢٢ق)

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ الطعن ٥٤٠ لسنة ٣٤ س ٢٠ ص ١٩٩)

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ الطعن ٦٤ لسنة ٣٣ ق س ١٩ ص ٣٢٧)

(٣) أنظر فى هذا المعنى مازو ١ فقرة ٩٣٥ – فقرة ٩٣٩ – تيسير (Teisseire) رسالة من أكس سنة ١٩٠١ ص ٢٥٦ – كولان وكابيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ٣٥٠ – بلانيول وريبير ٢ فقرة ١١٢ =

الذى ارتكب هذا الخطأ . أو قل إن التابع هو امتداد لشخصية المتبوع ، فما يقترف التابع من خطأ يكون المتبوع هو الذى اقترفه (١) . ولابد أن يضاف إلى هذا الرأى أن التابع يحل محل المتبوع فى التمييز أيضاً ، فلو ارتكب خطأ وهو مميز وكان المتبوع غير مميز ، انتقل تمييز التابع إلى المتبوع عن طريق الحلول ، فأصبح هذا مسئولا كذلك .

واعتبار مسئولية المتبوع مسئولية عن الغير – على أى وجه فسرت هذه المسئولية وبخاصة إذا فسرت بفكرة الضمان – يجعل المتبوع مسئولا عن تابعه ، ولا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر، فالتزامه التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . وهذا الاعتبار يجيز أيضا استبقاء مسئولية المتبوع حتى لو كان غير مميز ، فمسئوليته عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز ، بل مصدرها القانون سواء كانت ضماناً أو نيابة أو حلولا . وبذلك نتجنب العيبين اللذين كانا السبب فى نبذ فكرة الخطأ المفترض .

٦٩٢ – الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضرور : ومزية أخرى لتكييف مسئولية المتبوع على أنها مسئوليةعن الغير ، هى أن هذا التكييف يفسر وجوب الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضرور . فالمتبوع مسئول عن تابعه إزاء المضرور . وفى حدود هذه العلاقة دون غيرها – علاقة المتبوع بالمضرور – يقوم هذا التكييف .

فلا يقوم فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للتابع أن يحتج بفكرة الضمان مثلا على المتبوع عند رجوع هذه عليه كما سنرى . ولكن ليس هناك ما يمنع المضرور ، وقد وقع عليه ضرر من خطأ التابع ، من أن يكون هو ذاته تابعاً لنفس المتبوع . فإذا اعتدى موظف وهو يؤدى وظيفته على موظف آخر ، كانت الحكومة مسئولة عن الموظف الأول إزاء الموظف الآخر، ولو أن الموظفين تابعان لها جميعاً . وهذا ما يدعى فى القانون الأنجليزى باسم الخدمة المشتركة (common employment) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٦٩٣ – اجتماع مسئولية المتبوع مع مسئولية من نوع آخر : وقد يكون المتبوع

= – الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار ص ١١٥ (ويرى أن أساس مسئولية المتبوع إذا كان خطأ التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة هو الخطأ المفترض ، وإذا كان الخطأ قد وقع مجاوزا لحدود الوظيفة كان الأساس إما فكرة الحلول أو فكرة الضمان أو فكرة تحمل التبعة) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأن المتبوع يكون مسئولا قانوناً عن خطأ تابعه ولو لم يرتكب هو أى خطأ شخصى ، فإن خطأ التابع يعتبر كأنه خطأ المتبوع (استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥).

وقضت محكمة النقض فى حكم لها بأن أساس مسئولية المتبوع هو فكرة الحلول ، فقالت إن «المادة المذكورة (م ١٥٢ مدنى قديم) إذ جعلت المسئولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى مقتضاها ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء – على كثرة ما قيل فى صدده تسويغه – أساسه أن شخصه المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً.

(نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦)

مسئولا كمتبوع ومسئولا على وجه آخر فى وقت واحد . فصاحب السيارة إذا استخدم سائقا ارتكب خطأ أصاب الغير بالضرر ، أمكن اعتباره مسئولا كمتبوع وتابعه هو السائق . وأمكن كذلك اعتباره حارس السيارة إذا لم تكن الحراسة للسائق ، فيكون مسئولا بمقتضى هذه الحراسة مسئولية مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . والمضرور وشأنه فى اختيار أحد الاعتبارين والرجوع على صاحب السيارة بمقتضاه . وقد يختار اعتبار صاحب السيارة حارساً لا متبوعاً ، حتى يعفى نفسه من إثبات الخطأ فى جانب السائق (1) .

٢ – قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع

٦٩٤ – فيما بين المتبوع والمضرور : رأينا أن مسئولية المتبوع إنما تستند إلى مسئولية التابع استناد التبع إلى الأصل . فمسئولية التابع – وقد ثبت فى جانبه الخطأ والضرر وعلاقة السببية أى أركان المسئولية جميعاً – تقوم إلى جانب مسئولية المتبوع ، بل هى الأصل كما قدمنا (2) .

وينبنى على ذلك أن المضرور يكون بالخيار ، إما أن يرجع على التابع ، وإما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معاً ، والاثنان متضامنان أمامه . وقد يكون للتابع شريك فى الخطأ ، فيصح للمضرور أن يرجع على المتبوع والتابع وشريكه جميعاً متضامنين . بل يصح له فى هذه الحالة أن يرجع على المتبوع وحده بكل التعويض ، ثم يرجع المتبوع بعد ذلك على التابع وشريكه . ويجوز للمضرور أيضاً أن يرجع على المتبوع والتابع ، أو على المتبوع وشريك التابع ، أو على التابع وشريكه . فهو حر فى أن يختار من يرفع الدعوى عليه من المسئولين الثلاثة ، واحداً أو أكثر ، ويطالب المدعى عليه بكل التعويض لأن الثلاثة متضامنون (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة اسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا وقعت جريمة من خادم باشتراكه مع آخر، كان المخدوم مسئولا أمام المجنى عليه عن كامل التعويض المستحق عن الجريمة ، سواء رفعت الدعوى عليه بمفرده أو رفعت عليه مع خادمه أو عليه مع شريك خادمه أو عليهم جميعاً بالتضامن (اسكندرية الكلية الوطنية فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٣ ص ٩٠٣).

(1) يجوز للتابع إذا رجع عليه المتبوع بما دفعه للمضرور أن يثبت أن المتبوع قد اشترك معه فى الخطأ وفى هذه الحالة يقسم التعويض بينهما بنسبة اشتراك كل منهما فى الخطأ الذى تسبب عنه الضرر .

(جلسة ١٩٨٢/١/١٤ الطعن ٦٧٨ لسنة ٤١ ق س ٣٣ ص ١٠٧)

(جلسة ١٩٧٤/١١/٢٦ الطعن ١٨٩ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٢٨٦)

(2) أ – للمضرور أن يرجع مباشرة على المتبوع بتعويض الضرر الناشئ عن اعمال تابعه غير المشروعة دون حاجة لإدخال التابع فى الدعوى ولا تلتزم المحكمة فى هذه الحال بتنبيه المتبوع إلى حقه فى إدخال تابعه.

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ الطعن ٣٠٩/٢٩٩ لسنة ٣٣ ق س ١٩ ص ٦٤٢)

ب – مطالبة المضرور للمتبوع مطالبة قضائية . قطعها التقادم بالنسبة للمتبوع ليس من شأنها قطع التقادم بالنسبة للتابع .

(جلسة ١٩٩٥/١/٥ الطعن ٣٥٣٥ لسنة ٥٨ ق السنة ٤٦ ص ٨٢ ع١)

٦٩٥ – فيما بين المتبوع والتابع : فإذا رجع المضرور على التابع دون المتبوع وقف الأمر عند هذا . أما إذا رجع على المتبوع دون التابع . فللمتبوع أن يرجع بما دفع على تابعه لأنه مسئول عنه لا مسئول منه (1) . وهذا ما تنص عليه المادة ١٧٥ من القانون المدنى الجديد إذ تقول : «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر» (١) . وقد سبق ذكر هذا النص عند الكلام فى مسئولية متولى الرقابة ، وبينا هناك أن المسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع (٢) ، وأن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض ، أما متولى الرقابة فيرجع على المميز دون عديم التمييز ، وأن هذه هى حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التى أشار إليها النص . على أن المتبوع قد لا يرجع على التابع إلا ببعض ما دفع من التعويض ، ويتحقق ذلك إذا اشترك مع التابع فى الخطأ ، فيقسم التعويض بينهما فى علاقة أحدهما بالآخر وفقاً للقواعد التى قررناها عند تعدد المسئولين (2) . وهذه هى حدود أخرى لمسئولية الغير عن تعويض الضرر ، وهى حدود تتعلق بمسئولية التابع نحو المتبوع ، وتضاف إلى الحدود التى تقدم ذكرها متعلقة بمسئولية عديم التمييز نحو متولى الرقابة . ولابد ، فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع ، أن يثبت التابع أن المتبوع اشترك معه فى الخطأ ، كأن يكون قد أمره بارتكابه أو ساهم معه فيه ،

---

(١) أنظر تاريخ النص آنفا (فقرة ٦٧٤ فى الهامش) .

(٢) وقد سبق أن أشرنا إلى أن مسئولية المتبوع هى وحدها التى تتمحض مسئولية عن الغير ، أما مسئولية متولى الرقابة فهى مسئولية ذاتية تنتهى إلى أن تكون مسئولية عن الغير . فهى إذن ابتداء مسئولية ذاتية ، وانتهاء مسئولية عن الغير . أما مسئولية المتبوع فمسئولية عن الغير ابتداء وانتهاء .

(1) للمتبوع عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع على التابع بإحدى دعويين الاولى دعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى والتى ليست الا تطبيقا للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين ، والدعوى الثانية هى الدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ من ذات القانون التى تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه ، وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى وفاه عنه بالدعوى الشخصية التى قررها المشرع فى المادة ٨٠٠ من القانون للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده وضمان المتبوع لاعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده .

(جلسة ٢٠٠٠/٥/١٠ الطعن ٢٢٢٨ لسنة ٦٣ ق)

(جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٧ الطعن ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٥/٦/٦ الطعن ٢٢٦٧ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ الطعن ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٩٩)

(2) يراجع ما ورد بالبند ١٦ .

ولا يستطيع التابع أن يحتج على المتبوع بالمسئولية المفترضة ، فإن هذه لا يحتج بها على المتبوع إلا المضرور كما سبق القول [1].

ويقع كما قدمنا أن يرجع المضرور على المتبوع دون التابع، لأن الأول يكون عادة هو المليء، ففي هذه الحالة يجوز للمتبوع أن يدخل التابع ضامناً في الدعوى ليحكم عليه بما عسى أن يحكم به على المتبوع. بل يجوز للمتبوع، والدعوى مرفوعة من المضرور عليه هو والتابع معا، أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم له على التابع بما يحكم عليه للمضرور [2].

ويثبت المضرور عادة الخطأ في جانب التابع حتى تقوم مسئولية المتبوع كما قدمنا. فيستفيد المتبوع من ذلك ولا يعود في حاجة إلى إثبات خطأ التابع عند الرجوع عليه. ولكن قد يقع أن يكون التابع مسئولا نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض في جانبه، كأن يكون معلماً مسئولاً عن تلميذ ولم يستطع نفي الخطأ المفترض، أو يكون سائق سيارة احتفظ بحراستها فصار مسئولا نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ففي هذه الحالة لا يحتاج المضرور إلى إثبات خطأ التابع لأن هذا الخطأ مفترض. فهل يستفيد المتبوع هنا أيضاً من الخطأ المفترض في جانب التابع عند رجوعه عليه؟ ليس له ذلك، بل عليه إذا أراد الرجوع على تابعه أن يثبت خطأه ولا يكتفي بالخطأ المفترض في جانبه، لأن هذا الخطأ المفترض، في الحالة التي نحن بصددها، إنما يقوم في العلاقة ما بين التابع والمضرور، لا في العلاقة ما بين التابع والمتبوع.

---

(1) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القانون يعتبر المخدوم مسئولا عن الفعل الضار الذي يقع من خادمه أثناء خدمته ، وهذا الاعتبار مبناه مجرد افتراض قانوني في حق المخدوم لا يتحقق إلا بالنسبة لمن وقع عليه الضرر ، ولا يمكن أن يستفيد منه الخادم إلا إذا أقام الدليل على وقوع خطأ من جانب مخدومه أيضا . فإذا كان المخدوم لم يقع منه أي خطأ ، فإنه يحق له أن يطلب تحميل خادمه هو والمتهمين معه ما ألزم بدفعه للمدعي بالحقوق المدنية تنفيذاً للحكم الصادر بالتضامن معهم لأن هذا التضامن لم يقرره القانون إلا لمصلحة من وقع عليه الضرر، وأن تقدير حصة كل ممن اشتركوا في إحداث الضرر يجب بحسب الأصل أن يكون المناط فيه مبلغ جسامة الخطأ الذي ساهم به فيما أصاب المضرور من الضرر إذا كانت وقائع الدعوى تساعد على تقدير الأخطاء على هذا الأساس. أما إذا كان ممتنعاً، فإنه لا يكون ثمة من سبيل إلا اعتبار المخطئين مسئولين بالتساوي عن الضرر الذي تسببوا فيه (نقض جنائي في ١٩ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٧٩ ص٢٣٧)

(2) أنظر الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٤ ص٢١٤ – وقد أشار إلى حكم في هذا المعنى لمحكمة النقض قضت فيه: «بأنه إذا رفعت دعوى تعويض على متهم عما أحدثه من أضرار للمدعي بالحق المدني وعلى وزارة الداخلية بالتضامن مع المتهم لأنه من رجالها وهي مسئولة عن أفعال رجالها ومتضامنة معهم في تعويض كل ضرر يحدث منهم أثناء تأدية وظائفهم فللحكومة أن توجه دعوى الضمان الفرعية إلى المتهم في حالة الحكم للمدعين بالتعويض. فإذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى الضمان الفرعية بحجة أنها سابقة لأوانها، كان قضاؤها بذلك خاطئاً في تطبيق القانون، ويتعين نقضه». (نقض جنائي في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية٣ رقم ٤٧٥ ص٦٠٤).

الفرع الثاني

المسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٩٦– حالات ثلاث: بعد أن فصلنا حالتي المسئولية عن عمل الغير، ننتقل إلى حالات المسئولية الناشئة عن الأشياء، الحي منها وغير الحي. ذلك أن الشخص يسأل عما هو في حراسته في حالات ثلاث:

الأولى– مسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر.

والثانية– مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدام البناء من ضرر.

والثالثة– مسئولية من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر.

وتنتظم هذه الحالات الثلاث فكرة «الخطأ في الحراسة» (faute dans la grade) فلا تزال المسئولية فيها مبنية على الخطأ، والحارس مسئول عن خطئه في الحراسة. والخطأ في الحراسة هو أن يترك الحارس زمام الشئ يفلت من يده.

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيوان(*)

٦٩٧– النصوص القانونية: كان القانون المدني القديم ينص في المادتين ١٥٣. ٢١٥ على ما يأتي:

«وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور، سواء كان في حيازته أو تسرب منه».

وقد نقل القانون المدني الجديد هذا الحكم دون تعديل إلا في الصياغة، فنصت المادة ١٧٦ من هذا القانون على ما يأتي:

«حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه[1]».

(*) بعض المراجع: مازو ٢ فقرة ١٠٧١– فقرة ١١٣٧– بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٩٢ – فقرة ٦٠٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٠٥٨ وفقرة ١٠٦٣– فقرة ١٠٨٣ – كولان وكابيتان ولاموراندبير٢ فقرة ٣٥٧ – فقرة ٣٦١ – جوسران ٢ فقرة ٥١٥ – فقرة ٥٢٣ – الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٥– فقرة ٣٥٨– الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٥ – فقرة ٢٥٤– الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥١١– فقرة ٥١٥– الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ١٠٢ – فقرة ١٠٦.

(1) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «حارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، حتى لو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت ==

والنص الجديد أكثر وضوحاً من النص القديم، وأوسع إحاطة بأحكام المسئولية التي نحن بصددها[1]، ولكنه لم يستحدث حكماً جديداً كما قدمنا.

== الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه». وأقرت لجنة المراجعة هذا النص تحت رقم المادة ١٨٠ من المشروع النهائي. وأقره مجلس النواب. ورأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن عبارة «حارس الحيوان» قد تشتبه بالحراسة بالمعنى المفهوم، وقد يخرج عنها المالك، فقررت أن تكون صيغة المادة كما يأتي: «حارس الحيوان ولو لم يكن مالكاً له» فأضافت عبارة «ولو لم يكن مالكاً له» بعد عبارة «حارس الحيوان» لتبرز أن اصطلاح الحارس لا ينفي اعتبار المالك حارساً إن توافرت الشروط المقررة في هذا الشأن. وقد اقترح على اللجنة الاستعاضة عن اصطلاح «الحارس» باصطلاح «المتفع»، فلم تر الأخذ بهذا الاقتراح لأن تعبير «حارس الحيوان» قد يتسع نطاقه لصور أخرى لا تندرج تحت الصور المقترحة، وقد استعمل الفقه في مصر اصطلاح الحراسة في هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتعبير (garde) في اللغة الفرنسية، ودلالة هذا التعبير معروفة وهي مرنة، ومن غير المرغوب فيه حصرها في حدود صور بخصوصها، وتعبير المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يقيد الاجتهاد. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٢٣– ص٤٢٨).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في تفضيل نص القانون الجديد ما يأتي: «يعتبر هذا النص متقدما على نظيره في نصوص التقنين المصري الحالي (القديم) من ناحيتين: (أ) فيلاحظ من ناحية أنه نوه صراحة بفكرة الحراسة، وجعل الحارس الحيوان مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر، وهذه الفكرة لا تستخلص إلا اقتضاء من دلالة عبارة المادة ٢١٥/١٥٣ إذ تنص على إلزام «مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور». وقد جهد الفقه الحديث في تحليل فكرة الحراسة تحليلاً دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرهاف أو التهافت. فهو يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية. والثانية دون الأولى هي التي تبنى عليها المسئولية، وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان متى كانت له الحراسة القانونية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائض الذي استخدمه للعناية به، وقد عنى التقنين اللبناني بالنص على هذا الحكم في عبارة صريحة، فقضى في الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ بأن «تلك المسئولية تترتب، ولو كان الحارس المضرور قد ارتبط من قبل بعقد من العقود، كإجارة الأشخاص مثلا، ما لم ينص على خلاف ذلك». ويراعى أن الحراسة القانونية تظل قائمة ولو ضل الحيوان أو تسرب. (ب) ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع اختار صراحة فكرة الخطأ المفترض، وجعل منها أساساً لمسئولية حارس الحيوان. وقد جرى القضاء المصري على اتباع هذا الرأي، رغم أن المادة ٢١٥/١٥٣ من التقنين المصري لم تذكر شيئاً في هذا الشأن. وقد وقفت التقنينات الأجنبية من فكرة افتراض الخطأ هذه مواقف مختلفة فيما يتعلق بقوة القرينة التي تقوم عليها من حيث جواز سقوطها أو عدم سقوطها بإثبات العكس. فبعض هذه التقنينات يبيح لحارس الحيوان الاكتفاء بإقامة الدليل على أنه التزم الحيطة الواجبة لمنعه من الإضرار أو لرقابته (المادتان ٩٤–٨٦) من التقنينين التونسي والمراكشي، والمادة ٢٣٩٤ من التقنين البرتغالي، والمادة ٨٣٤ من التقنين الألماني، والمادة ١٣٢٠ من التقنين النمساوي المعدل، والمادة ٥٦ من تقنين الالتزامات السويسري، والمادة ١٥٢٧ من التقنين البرازيلي، والمادة ١٩٠ من التقنين الصيني). وبعضها لا يبيح إلا إثبات السبب الأجنبي (المادة ٨١ من المشروع الفرنسي الإيطالي، والمادة ١٢٩ من التقنين اللبناني، والمادة ١٩٠٥ من التقنين الأسباني)، وهذا هو ما اختاره القضاء المصري والقضاء الفرنسي. ويتوسط التقنين البولوني هذين الرأيين، فيكتفي من حارس الحيوان بإقامة الدليل على أن خطأ ما لم يقع منه أو من أحد ممن يسأل عنهم (م١٤٨) ومع ذلك فهو يجيز للمحكمة رغم قيام هذا الدليل أن تلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بتعويض كل الضرر أو بعضه إذا اقتضت العدالة ذلك مع مراعاة الظروف ويسار المضرور ومالك الحيوان أو مستخدمه بوجه خاص

ونبحث هنا أيضاً متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان، وعلى أي أساس تقوم هذه المسئولية.

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان

٦٩٨– شرطان لتحقق المسئولية: تتحقق هذه المسئولية إذا تولى شخص حراسة حيوان وأحدث الحيوان ضرراً للغير. فعندئذ يكون حارس الحيوان مسئولا عن هذا الضرر.

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين: (١) تولى شخص حراسة حيوان (٢) إحداث الحيوان ضرراً للغير.

١ – حراسة الحيوان

٦٩٩– تحليل هذا الشرط: لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة حيوان. فنبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «الحيوان».

٧٠٠– الحراسة (la garde): قدمنا أن الخطأ في الحراسة هي أن يترك الحارس زمام الشيء يفلت من يده. فحارس الحيوان إذن هو من في يده زمام الحيوان، فتكون له السيطرة الفعلية عليه في توجيهه وفي رقابته، ويكون هو المتصرف في أمره، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق، أي سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية، ما دامت سيطرة فعلية قائمة.

فليس حارس الحيوان هو ضرورةً مالكه، فقد ينتقل زمام الحيوان – السيطرة الفعلية في توجيهه وفي رقابته وفي التصرف في أمره – من يد إلى يد غيره، فيصبح هذا الغير هو الحارس. وليس الحارس هو ضرورةً المنتفع بالحيوان إذا لم يكن لهذا السيطرة الفعلية في توجيه الحيوان وفي رقابته. وليس الحارس هو من يعرف عيوب الحيوان ويتركه مع ذلك يضر بالناس، ما دام لا يملك التصرف في أمره وليست له سيطرة فعلية عليه في توجيهه وفي رقابته. وليس الحارس هو من يكون الحيوان في حيازته دون أن تكون له السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة، فلا يعتبر حارساً بوجه عام لا الراعي ولا السائق ولا الخادم ولا السائس[1].

(المادة ١٤٩ في فقرتها الأخيرة). ولم يبح المشروع إلا إثبات السبب الأجنبي اقتداء بما جرى عليه القضاء المصري في هذا الشأن» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٢٤– ص٤٢٥).

(١) ويجب أيضاً أن نستبعد معيارين، أحدهما قال به الأستاذان مازو ثم عدلا عن قولهما، والآخر قالت به محكمة النقض الفرنسية.
فقد كان الأستاذان مازو يميزان بين الحراسة المادية (grade matérielle) والحراسة القانونية (grade juridique)، فيجعلان الحراسة القانونية، وهي حق يعطيه القانون للشخص في السيطرة على الشيء، هي التي تترتب عليها المسئولية. وقد عدلا عن هذا الرأي على أثر حكم محكمة =

فيجب إذن أن نقف عند المعيار الذى قدمناه، وأن نعتبر حارس الحيوان هو من بيده زمامه، فيملك السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة ويكون هو المتصرف في أمره(1). ونص القانون المدنى الجديد يتفق مع هذا المعيار، فقد رأينا المادة ١٧٦ تنص على أن «حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر(١)».

وإذا أردنا أن نطبق معيار «السيطرة الفعلية» تطبيقاً عملياً أمكن أن نفصله على الوجه الآتي:

مالك الحيوان هو فى الأصل صاحب السيطرة الفعلية عليه، وهو الذى يملك زمامه فى يده، فله التوجيه والرقابة، وهو المتصرف فى أمره. ومن ثم يكون حارس الحيوان هو أصلا مالكه. فهناك إذن قرينة على أن مالك الحيوان هو الحارس، وإذا رجع المضرور على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس، بل المالك هو الذى عليه أن يثبت أنه لم يكن حارس

=النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (سيريه ١٩٤١-١-٢١٧- وانظر مازو ٢ فقرة ١٠٨٧ وفقرة ١١٥٩)، وأخذ الأستاذان بمعيار السيطرة الفعلية في التوجيه والرقابة.
أما محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة فقد قضت في الحكم الذى أشرنا إليه بأن حارس الشئ هو من يستعمل الشئ بنفسه أو بواسطة تابع له الاستعمال الذى يلائم ممارسة مهنته (celui qui, par lui-même ou par ses préposés, en fait l'usage que comporte l'exercice de sa profession) وهذا المعيار أرادت محكمة النقض أن تنزل فيه عند التعبير الذى استعمله القانون المدنى الفرنسي فى المادة ١٣٨٥، إذ أن هذا النص يجعل المسئول هو مالك الحيوان أو من يستعمله (le propriétaire ou celui qui s'en sert)، وقصدت به أن توفق بين عبارة القانون الفرنسى والتحليل الصحيح لمعنى الحراسة. ولكن يؤخذ عليه أنه إذا كان من يستعمل الحيوان الاستعمال الذى يلائم ممارسة مهنته تكون له فى الغالب السيطرة الفعلية عليه فى توجيهه وفى رقابته فيتفق المعياران، إلا أن هذا ليس ضرورة لازمة، فقد تكون السيطرة الفعلية على الحيوان في يد غير اليد التى تستعمله الاستعمال الملائم للمهنة.

(١) وقد جاء فى مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ما يؤيد هذا التفسير، فقيل: «إن التشريعات الحديثة تستعمل هذا الاصطلاح (الحراسة) في هذا المقام، وقد استقر في لغة الفقه القانوني الحديث الذى جهد فى تحليل فكرة الحراسة تحليلا دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرهاف أو التهافت، فقد كان يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية، والثانية دون الأولى هى التى تبنى عليها المسئولية، ولكن التطور اتجه إلى الاعتداد بالسيطرة الفعلية، وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان متى كانت له الحراسة الفعلية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائض الذى استخدمه للعناية به» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٢٦).

(1) إن حارس الحيوان بالمعنى المقصود في المادة ١٧٦ من القانون المدنى هو من تكون له السيطرة الفعلية عليه ويملك التصرف فى أمره ولا تنتقل الحراسة من مالك الحيوان إلى التابع المنوط به ترويضه وتدريبه ذلك أنه وان كان للتابع السيطرة المادية على الحيوان وقت تدريبه إلا أنه يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويتلق تعليمات فى كل ما يتعلق بهذا الحيوان فأنه يكون خاضعا للمتبوع مما تظل معه الحراسة لهذا الأخير، إذ أن العبرة فى قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض هى بسيطرة الشخص على الحيوان سيطرة فعلية لحساب نفسه.
(جلسة ١٩٦٧/٣/٢ الطعن ١٨١ لسنة ٣٣ق س١٨ ص٥٣١).

الحيوان وقت إحداثه الضرر. وإذا أفلت زمام الحيوان من يد المالك بأن ضل أو تسرب، كان هذ خطأ فى الحراسة (faute dans la garde)، ويكون مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول: «حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب». ومن باب أولى إذا ترك الحارس الحيوان في الطريق دون رقيب، كان مسئولا عما يحدث من ضرر.

وإذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد أخرى، فإن كان قد انتقل رغم إرادة المالك أو دون علمه، كما لو انتقل إلى لص سرق الحيوان، أو إلى تابع للمالك استولى على الحيوان واستعمله لمنفعته الشخصية، فإن السيطرة الفعلية على الحيوان تنتقل فى هذه الحالة من المالك إلى هذا الغير، ويصبح السارق أو التابع الذى استولى على الحيوان لنفعه الخاص هو الحارس، ويكون هو المسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر. ومن ثم نتبين أنه ليس من الضرورى أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة لها سند من القانون، ففى المثلين اللذين نحن بصددهما يتضح أن كلا من اللص والتابع مسيطر على الحيوان سيطرة غير مشروعة.

أما إذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد الغير برضاء من المالك، وكان الغير تابعاً للمالك كالسائق والسائس والخادم والراعى، فالأصل أن انتقال الحيوان إلى يد التابع لا ينقل إليه السيطرة الفعلية على الحيوان، إذ الغالب أن المالك يستبقى سيطرته الفعلية على الحيوان حتى بعد أن يسلمه لتابعه. فيبقى المالك فى هذه الحالة هو الحارس. ولكن لا شئ يمنع فى بعض الحالات من أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى التابع، كما إذا سلم صاحب الحصان حصانه لخيال (jockey) يجرى به فى السباق، فإن الخيال فى هذه الحالة من وقت أن أمسك بزمام الحصان وبدأ يجرى به فى السباق قد انتقلت إليه السيطرة الفعلية على الحصان وأصبح هو الحارس، فيكون مسئولا مسئولية الحارس، ويكون المالك مسئولا مسئولية المتبوع.

وإذا كان المالك قد نقل الحيوان إلى شخص غير التابع ينتفع به كالمستأجر أو المستعير، انتقلت فى الغالب من الأحوال إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية على الحيوان، إذ هو فى سبيل الانتفاع به يمسك زمامه فى يده وله حق التصرف فى أمره، ومن ثم يكون هو الحارس. فإن نقله المالك إلى شخص غير التابع لا لينتفع به بل للمحافظة عليه أو لعلاجه، كصاحب الاصطبل وصاحب الفندق والطبيب البيطرى، فالأصل هنا أيضاً أن السيطرة الفعلية تنتقل إلى هذا الشخص، ويكون هو الحارس. ولكن قد يستبقى المالك فى هذه الحالة السيطرة الفعلية على الحيوان فى أثناء الوديعة أو وقت العلاج، فيبقى هو الحارس(١).

(١) أنظر في هذا المعنى مازو٢ فقرة ١١٠٤- فقرة ١١٠٨- ويرى الأستاذ مصطفى مرعى بك أن الذى تنتقل إليه الحراسة هو الذى يتسلم الحيوان بقصد الانتفاع به، لأنه وهو ينتفع به يحيط بخصاله =

٧٠١– الحيوان: أى نوع من الحيوان، مستأنساً كان أو متوحشاً. كبيراً أو صغيراً، خطراً غير خطر، يكون حارسه مسئولا عنه. فالدواب والبهائم بأنواعها المختلفة من خيل وبغال وحمير وجمال ومواش، والحيوانات الأليفة من كلاب وقطط وقردة، والدواجن والطير، وما عسى أن يمتلك الشخص من حيوانات مفترسة كالسباع والنمور والفيلة وغيرها، كل هذا يكون حارسه مسئولا عنه. وقد يكون الحيوان معتبراً عقاراً بالتخصيص، كالمواشى الملحقة بأرض زراعية، ولا يمنع ذلك من أن يكون حارسها مسئولا عنها، ولا عبرة بأنها تعد عقاراً.

ولكن يشترط أن يكون الحيوان حياً ومملوكاً لأحد من الناس وأن تكون حراسته ممكنة. فجثة الحيوان الميت تعتبر شيئاً غير حي لا حيواناً، والمسئولية عنها تكون مسئولية عن شئ غير حي لا عن حيوان، فلا تتحقق وفقاً للمادة ١٧٨ من القانون المدنى الجديد إلا إذا كانت حراستها تتطلب عناية خاصة. والطير الذى لا مالك له لا يسأل شخص عما يحدثه من التلف إلا إذا ثبت خطأ في جانبه. والجراد إذا أصاب زرعاً فأتلفه لا يسأل عن عمله إلا شخص ثبت أن آثار الجراد بخطأه.

٢– إحداث الحيوان ضرراً للغير

٧٠٢– تحليل هذا الشرط: حتى تتحقق مسئولية حارس الحيوان، يلزم أن يكون هذا الحيوان قد أحدث ضرراً للغير. فيلزم إذن أن يكون الضرر من فعل الحيوان (fait de l'animal)، ويكون هناك أمران نتكلم فيهما: (١) فعل الحيوان (٢) والضرر الذى أحدثه.

=وطبائعه، أما من يحوز الحيوان بحكم صناعته التى تجبره على تلقى كل حيوان يرد إليه، كالراعى والبيطار والطبيب البيطرى وشركات النقل، فلا تنتقل إليه الحراسة (المسئولية المدنية فقرة ٢٤٥).
وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المسئول عن الحيوان هو حارسه لا مالكه (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٣٩). فلا يصبح المالك مسئولا متى سلم الحيوان إلى شخص آخر ينتفع به ويستخدمه لمصلحته فانتقلت إليه الحراسة، والمالك هو الذى يكون مسئولا (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٨٧). ولا يكون المالك مسئولا إلا إذا ارتكب خطأ بأن سلم الحيوان إلى شخص غير قادر على حراسته (الحكم السابق). ولكن مالك الحيوان يكون مسئولا عن خطأ تابعه كالسائق (استئناف مختلط فى أول يونية سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣٦٤).
وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا علق شخص خيله بعربة آخر وركب هو وصديق له، ووكل إلى الصديق القيادة فى مكان مزدحم، كان صاحب الخيل هو المسئول، وبخاصة إذا كان صديقه يقود تحت إشرافه لضعف بصره ولعدم معرفته بطبائع هذه الخيل (استئناف وطنى فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية٥ رقم ٢٧ ص٦٠).
وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأنه إذا وقع الضرر من واحد من حيوانات متعددة، ولم يعرف على وجه اليقين أيها هو الذى أحدث الضرر، كان جميع الأشخاص الذين وجدت الحيوانات فى حراستهم متضامنين فى المسئولية. فإذا ترك صاحب الكلب كلبه طليقاً فى الطريق العام، فاختلط بكلاب أخرى، وأصيب مار من هذه الكلاب، ولم يعرف أى كلب عضه، فأصحاب الكلاب جميعاً مسئولون بالتضامن (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت٥ رقم ٣٠ ص٦٦).

٧٠٣– فعل الحيوان: يجب أن يكون الحيوان هو الذى «أحدث» الضرر، أى أن يكون أتى عملا إيجابياً كان هو السبب فى الضرر. أما إذا كان الضرر قد حدث دون أن يكون للحيوان دور إيجابي، كما إذا ارتطم شخص بجسم حيوان حي فجرح، أو سقطت جثة حيوان ميت على إنسان فأصابته بالضرر، فإن الضرر لا يكون فى هذه الحالة من فعل الحيوان، إذ لم يكن للحيوان فى ذلك إلا دور سلبي.

وإذا كنا نتطلب أن يقوم الحيوان بدور إيجابي في إحداث الضرر، فليس هذا معناه أن يكون الحيوان قد اتصل اتصالا مادياً بالجسم الذى ألحق به الضرر، بل يكفى أن يكون هو السبب الإيجابي لإحداثه. فلو خرج حيوان مفترس فى حراسة شخص فجأة إلى الطريق العام، فأصاب الذعر أحد المارة وسقط فجرح دون أن يمسه الحيوان، فهذا الضرر يعتبر من فعل الحيوان.

وهناك فروض يكون فيها قد اشترك مع الحيوان عامل آخر فى إحداث الضرر، كما إذا كان المتسبب المباشر في الإصابة هى المركبة التى يقودها الحيوان. فإذا كان الحيوان هو العامل المتغلب كما هو الراجح، فإن الإصابة تعتبر من فعله. ويدق الأمر إذا كان الحيوان عند إحداث الإصابة يقوده إنسان أو يمتطيه، فهل تعتبر الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان أو من فعل الحيوان؟ ولا شك فى أن القول برأى من هذين الرأيين تترتب عليه أهمية عملية كبيرة. إذ لو اعتبرت الإصابة من فعل الإنسان، فلا يفترض الخطأ، بل يكلف المدعى إثباته للقواعد العامة. وإذا اعتبرت الإصابة من فعل الحيوان، كان هناك خطأ مفترض فى جانب الحارس، ولا يكلف المدعى إثبات هذا الخطأ. وقد سار القضاء الفرنسى مدة طويلة على اعتبار أن الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان[(١)]. وتابع القضاء المصرى القضاء الفرنسى فى ذلك[(٢)]. ثم عدل القضاء الفرنسى عن هذا الرأى، واعتبر أن الإصابة قد حدثت من فعل الحيوان[(٣)]. وهذا هو الرأى الصحيح، لأن الراكب الحيوان أو قائده لا تعتبر الإصابة من فعله إلا إذا كان قد تعمدها. فإن اعترف بذلك، وهذا غير محتمل، كان الخطأ ثابتاً فى جانبه. وإلا فإن الحيوان عندما أحدث الضرر يكون زمامه قد أفلت من يده، وتكون الإصابة قد حدثت بفعل الحيوان[(٤)].

(١) نقض فرنسى فى ٦ مايو سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ -١-٢٨٦- وحكم آخر فى ١١ مايو سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١١-١-٣٩٩.
(٢) استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٨٣.
(٣) نقض فرنسى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨-١-١٧٧- وحكم آخر فى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣١-١-١٢١.
(٤) مازو ٢ فقرة ١١٢٢.

٧٠٤– الضرر الذى يحدثه الحيوان: أى ضرر يحدثه الحيوان يكون حارسه مسئولا عنه. فإذا دهس حيوان شخصاً فجرحه أو قتله، وإذا أتلف الحيوان مالاً مملوكاً للغير ولو كان هذا المال حيواناً مثله، وإذا عض كلب شخصاً فأحدث به ضرراً[١]، وإذا انتقل مرض معد من حيوان مريض، فكل هذه تعتبر أضراراً يكون حارس الحيوان مسئولا عنها.

والضرر الذى يحدثه الحيوان قد يقع على الغير كما هو الغالب، وقد يقع على الحارس نفسه، وقد يقع على المالك إذا لم يكن هو الحارس، وقد يقع على الحيوان ذاته أى أن الحيوان يصيب نفسه بالضرر.

فإذا أوقع الحيوان الضرر بالغير، جاز للغير أن يرجع بالتعويض على الحارس بالخطأ المفترض، وهذه هى الصورة المألوفة فى المسئولية عن الحيوان.

ويعتبر فى حكم الغير تابع المالك إذا لم تنتقل إليه الحراسة. فإذا ألحق الحيوان ضرراً بسائسه أو بسائقه، فقد تقدم أن المالك فى هذه الحالة يعتبر فى الأصل أنه هو الحارس، ويكون مسئولا تجاه السائس أو السائق بالخطأ المفترض[٢]. وإذا كانت هناك علاقة عقدية

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا عض كلب إنساناً، ولم يكن الكلب موضوعا فى قيد بل ترك طليقاً فى الحديقة مع أنه كلب خطر، فإن صاحب الكلب مسئول حتى لو كان المضرور يعلم أن الكلب خطر (استئناف مختلط فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٠٢).

(٢) وقد قضت فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا أصيب «عربجى» فى أثناء خدمته بجرح بليغ من حصان مخدومه، وكان عالماً بعيب الحصان ولكنه كان يحتاط لنفسه منه، فإن السيد ملزم بالتعويض ارتكاناً على المادة ١٥٣ مدنى (قديم)، لأنه لم يثبت أن الضرر الحاصل نشأ عن خطأ الخادم أو بالقضاء والقدر (استئناف وطنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٠ ص٣٧). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية، فى مسئولية صاحب جمل عض جمله الجمال عندما كان يقدم له الطعام، بأن القانون يفترض حصول الخطأ أو الإهمال من صاحب الحيوان ويعفى المجنى عليه من عبء الإثبات، سواء كان المجنى عليه هو العامل الذى يقود الحيوان أو أجنبياً عنه، ولا يسقط هذا الافتراض القانونى قبل مالك الحيوان بإثبات عدم حصول خطأ أو إهمال منه، بل يجب لذلك أن يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المجنى عليه. ولما كان مالك الحيوان لم يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المجنى عليه، إذ لا يكفى أن يستنتج خطأ المجنى عليه من هدوء طبيعة الجمل وعدم اعتياده على العض وأنه لابد لذلك أن يكون قد أسئ إليه، بل يجب أن يقوم الدليل على هذه الإساءة، فإن افتراض الخطأ يبقى قائماً فى جانب المالك (استئناف مصر الوطنية فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص١٠٨٠. وقضت أيضاً فى قضية مماثلة، سلم فيها صاحب الجمل جمله إلى أجير عنده لقيادته فعقر الجمل الأجير، بأنه يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) أن الشارع جعل مسئولية مالك الحيوان أو مستخدمه هى الأصل، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذى أصاب الغير إنما أصابه بحادثة قهرية أو بإهماله هو، والذى يستفيد من هذه المسئولية المفترضة ليس فقط الشخص الأجنبى عن المالك، بل يستفيد منها أيضاً الأشخاص الذين يعملون فى خدمة المالك إذا كلفهم المالك المذكور بأن يسوقوا الحيوان أو يعتنوا به أو يقوموا بخدمته (استئناف مصر الوطنية فى ١٧ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص٥٢٩– أنظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٨ ص٧٩). وقضت محكمة استئناف أسيوط فى هذا المعنى أيضاً بأن القانون فى المادة ١٥٣ مدنى (قديم) يفترض وقوع خطأ أو =

ما بين حارس الحيوان والمضرور، كما إذا استأجر شخص الحيوان وصاحبه لينقله من مكان إلى آخر. فأضر الحيوان بالمستأجر، فإن صاحب الحيوان فى هذه الحالة يكون مسئولا مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية، لأنه التزم فى عقد النقل بضمان سلامة الراكب. وإذا أحدث الحيوان ضرراً بحيوان آخر، فمالك الحيوان المضرور يرجع على حارس الحيوان الأول بالخطأ المفترض لأنه من الغير[١].

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالحارس نفسه، فلا يستطيع الحارس أن يرجع على المالك إلا إذا أثبت خطأ فى جانبه طبقاً للقواعد العامة.

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالمالك وكان غير الحارس، فللمالك أن يرجع على الحارس بالخطأ المفترض، ويعتبر غيرا فى هذه الحال.

وإذا أوقع الحيوان الضرر بذاته، بأن اختنق بحبل مثلا، وكان الحارس هو المالك، هلك الحيوان على مالكه. أما إذا كان الحارس غير المالك، فلا يستطيع المالك فى هذه الحالة أن يحتج على الحارس بالخطأ المفترض، فإن افتراض الخطأ لا يقوم إلا لضرر أصاب الغير لا الحيوان ذاته. ولكن يجوز للمالك أن يثبت خطأ فى جانب الحارس، فيرجع عليه بالتعويض للخطأ الذى أثبته لا لخطأ مفترض.

= إهمال من مالك الحيوان الذى أحث ضرراً بالغير، ولذا جعله مسئولا عن كل ضرر ينشأ عن الحيوان بلا أدنى قيد، والمصاب فى غير حاجة إلى إقامة الدليل على خطأ أو إهمال من المالك لأن القانون افترض خطأه. ولما كان تدخل المصاب من تلقاء نفسه وهو عامل عند صاحب الحمير لمنع الحمير من التشاجر فيما بينها دون الاستعانة بعصا لا يعد خطأ أو إهمالاً منه، لذلك تكون المسئولية واقعة على المالك، لأن خطأه المفترض قانوناً لم يرفع بخطأ المصاب (استئناف أسيوط فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ ص٨٠).

أما إذا ثبت خطأ فى جانب المصاب، فإن هذا الخطأ قد ينفى علاقة السببية ما بين الضرر والخطأ المفترض فى جانب المسئول. وقد قضت محكمة طنطا الاستئنافية بأنه إذا ثبت أن الجمل انتزع رباطه من الوتد وعض الخادم المكلف بخدمة المواشى، وثبت أن الخادم لم يتخذ الاحتياطات الضرورية فى ذلك الفصل من السنة لأنه لم يكمم الجمل، وأن الجمل لم يكن حيواناً خطراً معتاداً على العض، كان الضرر ليس إلا نتيجة إهمال المصاب وتعين رفض دعواه (طنطا استئنافى فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٠ ص٣٣٧).

وإذا سلم صاحب الحيوان حيوانه إلى المستخدم لينتفع به انتفاعا شخصياً، انتقلت الحراسة إلى المستخدم، ولا يكون صاحب الحيوان مسئولا عن الضرر الذى يحدثه الحيوان للمستخدم (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٨٧).

ويذهب الأستاذ مصطفى مرعى بك إلى أن مالك الحيوان لا يكون مسئولا تجاه خادمه المكلف بمراقبة الحيوان، بمقتضى خطأ مفترض، بل يجب على الخادم أن يثبت خطأ فى جانب المالك، كأن يكون المالك قد أخفى عن خادمه عيباً يعلمه فى الحيوان، أو يكون المالك قد سلم الحيوان لخادم صغير لا تسمح له سنه بملاحظة الحيوان، أو يكون المالك قد قصر فى تجهيز الحيوان بالأدوات لصده وكبح جماحه (المسئولية المدنية فقرة ٢٤١).

(١) وإذا اتفق شخصان على أن يتركا مواشيهما فى مكان واحد، وأن يعفى كل منهما من مسئوليته عن مواشيه، فإن شرط الإعفاء يكون إعفاء من المسئولية التقصيرية، فيكون باطلا، ويعتبر كل منهما مسئولا عن مواشيه قبل الآخر بمقتضى خطأ مفترض.

المطلب الثانى
الأساس الذى تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان

٧٠٥– مسألتان: متى تحققت مسئولية حارس الحيوان على النحو الذى قدمناه، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس كما أسلفنا. ونبين الآن: (١) ما هو هذا الخطأ (٢) وإلى أى حد هو مفترض.

١ – ما هو الخطأ

٧٠٦– خطأ فى الحراسة: الخطأ المفترض فى جانب حارس الحيوان هو خطأ فى الحراسة (faute dans la garde). وعلى هذا الخطأ قامت مسئولية الحارس، فالخطأ إذن هو أساس المسئولية. ولا يمكن أن يقال إن أساس المسئولية هو تحمل التبعة (risque)، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالحيوان لا الحارس، ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبي.

والخطأ فى الحراسة هو إفلات الحيوان من سيطرة الحارس، لأن هذا الإفلات هو الذي أحدث الضرر.

٧٠٧– ما الذى يثبته المضرور: ولا يكلف المضرور إلا بإثبات الشروط التي تتحقق بها مسئولية حارس الحيوان. فيجب عليه أن يثبت أولا أن المدعي عليه هو حارس الحيوان، وقد قدمنا أن هناك قرينة على أن المالك هو الحارس إلى أن يثبت أن حراسة الحيوان قد خرجت من يده. ويجب عليه بعد ذلك أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل الحيوان، أى أن الحيوان قد تدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر، وأن الضرر قد حدث بفعله لا بفعل الإنسان ولا بفعل الشيء، على التفصيل الذى سبق ذكره.

٢ – إلى أى حد هو مفترض

٧٠٨– الافتراض لا يقبل إثبات العكس: الخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس[١]، بخلاف الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة فهو افتراض يقبل إثبات العكس كما قدمنا.

(١) وتختلف مسئولية صاحب الحيوان الجنائية عن المسئولية المدنية، ففى الأولى لا يفترض الخطأ بل يجب إثباته. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يكفى لمحاكمة شخص جنائياً عما يصيب الغير من الأذى بفعل الحيوان أن يثبت أن ذلك الحيوان مملوك له، لأن ذلك إذا صح مبدئياً أن يكون سبباً للمسئولية المدنية، فإنه لا يكفى لتقرير المسئولية الجنائية التي لا يصح أن يكن لها محل إلا إذا ثبت على المالك نوع من أنواع الخطأ فى المحافظة على حيوانه ومنع أذاه عن الغير، وفى هذه الحالة يجب بيان نوع الخطأ فى الحكم ووجه نسبته إلى مالك الحيوان بالذات (نقض جنائى فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٣ ص٢٦٣). أنظر فى هذه المسألة الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٦.

فلا يجوز إذن للحارس، متى أثبت المضرور الشروط التى تتحقق بها مسئوليته، أن ينفى الخطأ عن نفسه، بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الحيوان الضرر. ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الحيوان قد أفلت من يده، وهذا الافلات هو ذات الخطأ. وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر، فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر، ولا جدوى من نفيه بإثبات العكس. وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، فهو خطأ قد تم إثباته، ولا يتصور إذن أن يثبت عكسه[١].

وقد سبق القول إن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضرور، فلا يقوم إذا أحدث الحيوان ضرراً لنفسه أو أحدث ضرراً للحارس[٢]. وقدمنا أيضاً أن مسئولية حارس الحيوان قد تجتمع مع مسئولية المتبوع فى شخص واحد. فمالك الحيوان إذا دفعه إلى السائق محتفظاً بالحراسة، فألحق الحيوان ضرراً بالغير، أمكنت مساءلة المالك باعتباره حارساً للحيوان حيث يفترض الخطأ فى جانبه افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، كما تمكن مساءلته باعتباره متبوعاً للسائق ولكن يجب على المضرور فى هذه الحالة أن يثبت خطأ فى جانب السائق[٣].

وقد رأينا أن المتبوع تتحقق مسئوليته ولو كان عديم التمييز. أما حارس الحيوان فلا يجوز أن يكون عديم التمييز، لأن مسئوليته قائمة على الخطأ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ فى جانبه.

٧٠٩– جواز نفى المسئولية بنفى علاقة السببية: ولا يستطيع حارس الحيوان أن ينفى عنه المسئولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذى وقع، وذلك بأن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي، قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المضرور أو خطأ الغير[1]. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول: «... ما لم يثبت الحارس

(١) الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ١٠٦ – وقد كان الفقه فى فرنسا يجعل افتراض الخطأ قابلا لإثبات العكس، وتابعه القضاء الفرنسي فى ذلك. ثم تحول القضاء فجعل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس، وتحول الفقه إلى هذا النظر أيضاً، وتبعهما فى ذلك القانون المصرى القديم ثم القانون المصرى الجديد.

(٢) ولا يقوم افتراض الخطأ أيضاً فى العلاقة ما بين حارس الحيوان وشخص غير المضرور، فلو ثبت أن فعل الحيوان الذى أحدث الضرر كان سببه استفزاز أجنبي للحيوان، وأراد حارس الحيوان أن يرجع بما دفع من تعويض للمضرور على هذا الأجنبى، فلا يجوز للأجنبى فى هذه الحالة أن يحتج بالخطأ المفترض فى جانب الحارس لتقسيم التعويض فيما بينهما (الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ١٠٥ ص١٢٣).

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٩٣.

(1) متى كان الحكم الابتدائى المؤيد لاسبابه بالحكم المطعون فيه إذ قضى بتقرير مسئولية الطاعنة (وزارة الحربية والبحرية) عن الضرر الناشئ عن احدى الافراس المملوكة لها قد أقام على أن مورث المطعون عليها كان وكيلا عسكريا بالوزارة المذكورة ومن أخص أعمال وظيفته القيام بالعمل الذى قام به وفقاً لما قرره المجلس العسكرى الذى شكل عقب الحادث وانه وقت اصابته كان فى طريقه للخروج من =

أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه»، وهو ما أجمع عليه الفقه(1) والقضاء(2) فى مصر.

المبحث الثانى

مسئولية حارس البناء(*)

٧١٠- النصوص القانونية: لم يكن القانون المدنى القديم يشتمل على نص لتحديد

=ساحة العرض بعد أن تم استعراض الخيول وأن الحادث لم يقع بقوة قاهرة أو بسبب خطأ من جانب المصاب وأن مسئولية الطاعنة وهى مالكه الحيوان لا تتوقعه وفقا للمادة ١٥٣ مدنى (قديم) المقابلة للمادة ١٧٦ على خطأ معين يثبت فى حقها وأنها تقوم على مظنة الخطأ وحدها وهى بمثابة قرينة قانونية تستلزم مساءلتها، فان المحكمة تكون قد نفت فى حدود سلطتها الموضوعية وقوع الحادث بقوة قاهرة أو بسبب خطأ من جانب مورث المطعون عليها وهى إذ قضت بمسئولية الطاعن عن الضرر الذى أصاب المطعون عليها بوفاة مورثها تكون قد أستندت فى هذا الشأن إلى أسباب مسوغة لحكمها.

(جلسة ١٩٥٢/٢/١٤ الطعن ١١٢ لسنة ٢٠ق مجموعة أحكام النقض س٣ ص٥٠٢)

(1) الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٨ - الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٤٨ - الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥١٥- الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ١٠٦.

(2) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) تفترض حصول خطأ أو إهمال من صاحب الحيوان، وهذا الفرض القانونى لا يسقطه إثبات عدم حصول خطأ أو إهمال، بل يجب لإسقاط المسئولية أن يثبت المسئول أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المجنى عليه (استئناف مصر الوطنية فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماه ٩ رقم ٥٨٥ ص١٠٨٠). وقضت أيضاً بأن الذى يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) أن الشارع جعل مسئولية مالك الحيوان أو مستخدمه هى الأصل، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذى أصاب الغير إنما أصابه بحادثة قهرية أو بإهماله هو (استئناف مصر الوطنية فى ١٧ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص٥٢٩). وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف أسيوط فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ ص٨٠ - محكمة بنى سويف فى ١ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية١١ رقم ١٢٤ ص٣٤٦. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المسئولية عن الحيوان لا ترتفع إلا بإثبات السبب الأجنبى (استئناف مختلط فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م١٥ ص١٨: ولا يكفى أن يقال إن الحصان جفل من قدوم راكب آخر أو أن المصاب كان يسير وسط الطريق). أنظر أيضاً: استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص٥٨ (ترك الحمار على الرصيف دون قيد، ولكن المار تعرض له ليمر فأصيب: خطأ مشترك) - وفى ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م٣٣ ص١٥٤ (من يقود حيواناً فى طريق عام يجب عليه أن يحكم وثاقه حتى لا يفلت منه) - وفى ٣ إبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٠٢ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم: لا يعفى حارس الحيوان من المسئولية أن يكون المصاب عالماً أن الكلب مطلق السراح فى الحديقة وهو كلب خطر، فقد كان الواجب على الحارس ألا يدع الكلب وهو خطر مطلق السراح) - وفى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٣٨ - وقضت محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ -جازيت٢٠ رقم ١٨٧ ص١٧٢) أنه يعتبر قوة قاهرة أن ينزعج حصان من أجراس مركبة الحريق فيجفل فيصيب ماراً.

(*) **بعض المراجع:** مازو٢ فقرة ١٠١٩ - فقرة ١٠٧٠- بلانيول وريبير واسمان ١ فقرة ٦٠٧ - =

المسئولية عن تهدم البناء، فكانت القواعد العامة للمسئولية هى التى تنطبق، وإن القضاء المصرى، عن طريق القرائن القضائية، اقترب من القواعد الخاصة التى اشتمل عليها القانون الفرنسى فى المسئولية عن تهدم البناء. إذ تنص المادة ١٣٨٦ من القانون المدنى الفرنسى على أن «مالك البناء يكون مسئولا عما يحدث تهدمه من الضرر إذا كان هذا التهدم يرجع إلى نقص فى الصيانة أو إلى عيب فى البناء». فكان هذا النص يشدد من مسئولية مالك البناء عما قررته القواعد العامة، فمسئولية المالك طبقاً لهذا النص تقوم على خطأ مفترض متى أثبت المضرور أن الضرر يرجع إلى نقص فى صيانة البناء أو إلى عيب فيه، ويفترض عندئذ افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا النقص فى الصيانة أو هذا العيب منسوب إلى خطأ من المالك. أما القانون المصرى القديم فلم يتضمن كما قدمنا ما يقابل المادة ١٣٨٦ من القانون الفرنسى. وترتب على ذلك أن حارس البناء لا المالك كان هو المسئول، وكانت مسئوليته مبنية على القواعد العامة، أى على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض، فكان لابد من أن يثبت المضرور خطأ فى جانب الحارس حتى تتحقق المسئولية.

قلنا إن القضاء المصرى كان قد اقترب من قواعد القانون الفرنسى، وقرب الشقة بين القانونين المصرى والفرنسى أمران:

(أولا) أن القضاء المصرى كان يتشدد كل التشدد فى التزام حارس البناء، فكان يطالبه باليقظة والانتباه حتى لا يكون البناء مصدراً للخطر، وأى إهمال فى ذلك مهما كان تافهاً يوجب مسئولية الحارس عن تعويض ما وقع من الضرر.

(ثانياً) أن هذا القضاء من جهة أخرى كان يتساهل كل التساهل فى حق المضرور، فيجيز له إثبات خطأ حارس البناء بأتفه القرائن.

فهذا التشدد فى جهة وهذا التساهل فى جهة أخرى كان من شأنه أن يجعل القضاء المصرى يقترب من القانون الفرنسى، ويستعيض عن القرينة القانونية المقررة فى هذا القانون بقرينة قضائية قررها هو. ومن ثم أمكنه فى كثير من الأحوال أن يقرر دون نص مسئولية حارس البناء إذا ثبت أن هناك عيباً فى البناء أو نقصاً فى الصيانة(1).

=فقرة ٦١١- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٠٨٥ - فقرة ١٠٩٣- كولان وكابيتان ولامورانديير٢ فقرة ٣٦٢ - فقرة ٣٦٥ - جوسران٢ فقرة ٥٢٤ - فقرة ٥٢٨ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٩ - فقرة ٣٦٢ - الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٦٦ - فقرة ٢٩٢ - الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥١٦- فقرة ٥١٩ - الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ١٠٧- فقرة ١١٢.

(1) أنظر نقض مدنى فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص١٧٥ (وقارن نقض مدنى فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر٢ رقم ١٤٠ ص٤٢١) - استئناف مصر وطنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧٩ ص٥٨٦ - وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٠٢ ص٨٧١ - وفى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٤٥ ص٨٤١- استئناف مختلط فى ٢ مايو سنة ١٨٩٤ م٦ ص٢٧٠ - وفى ٢٨ يونية سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١١١ - وفى ٨ فبراير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٦٠- وفى ٥ يناير سنة ١٩٢٨م ٤٠ ص١٢٢- وفى ٦ فبراير =

وقد جاء القانون المصرى الجديد بنص خاص فى مسئولية حارس البناء، فقضى فى المادة ١٧٧ بما يأتى:

«١ – حارس البناء، ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه».

«٢ – ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر. فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه»(١).

ويتبين لأول وهلة من هذا النص أنه يختلف عن النص الوارد فى القانون الفرنسى فى أمور ثلاثة:

(١) فى أنه يجعل المسئولية على حارس البناء لا على مالكه، وهذا هو الذى يتمشى مع قواعد المسئولية.

(٢) وفى أنه يشدد من المسئولية أكثر مما يفعل القانون الفرنسى، إذ لا يتطلب النص المصرى أن يثبت المضرور إهمالاً فى الصيانة أو قدماً فى البناء أو عيباً فيه، بل حارس البناء هو الذى يثبت الأهمال فى الصيانة وألا قدم فى البناء وألا عيب فيه.

= سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٥٨ – وفى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٨٥. وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٢.

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٢٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب نص القانون الجديد. وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم المادة ١٨١ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب. وأضافت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة «ولم يكن مالكاً» بعد عبارة «حارس البناء»، وأصبح رقم المادة ١٧٧. وقالت الجنة فى تقريرها: «اقترح الاستعاضة عن اصطلاح الحارس فى المادة ١٧٧ باصطلاح مالك البناء أو حائزه بنية التملك. ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح، لأن تعبير «حارس البناء أو الشئ» قد يتسع نطاقه لصور أخرى لا تندرج تحت الصيغ المقترحة، وقد استعمل الفقه فى مصر اصطلاح الحراسة فى هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتعبير (garde) فى اللغة الفرنسية، ودلالة هذا التعبير معروفة، وهى مرنة، ومن غير المرغوب فيه حصرها فى حدود صور بخصوصها. وتعبير المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يقيد الاجتهاد». ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٢٨ – ص٤٣٤).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «لم يعرض التقنين المصرى للمسئولية عن البناء، ولذلك جرى القضاء المصرى بشأنها على تطبيق القواعد العامة، وجعل من الخطأ الثابت أساساً لها، ولو أنه لا يتشدد فيما يتعلق بجسامة هذا الخطأ. أما المشروع فقد آثر تأسيس هذه المسئولية على الخطأ المفروض، وألقى عبئها على عاتق حارس البناء دون مالكه على خلف ما اختطه التقنين الفرنسى. فتظل مسئولية الحارس قائمة ما لم يثبت أن تداعى البناء لا يرجع إلى إهمال فى صيانته أو قدم أو عيب فى إنشائه. أما التقنين الفرنسى فيلزم المضرور على النقيض من ذلك بإقامة الدليل على إهمال الصيانة أو القدم أو العيب فى إنشاء البناء، فإذا تم له تحصيل هذا الدليل أصبح مفروضاً أن تداعى البناء يرجع إلى أحد هذه الأسباب، ويكون إذن ناشئاً عن خطأ المالك» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٣١).

(٣) فى أنه يجيز اتخاذ احتياطات وقائية إذا كان البناء يهدد بالسقوط، فلا ينتظر من كان مهدداً يضرر من جراء تهدم البناء أن يتهدم فيطالب بالتعويض، بل يستطيع أن يطالب باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطأ قبل وقوعه.

ولاشك فى أن القانون الجديد شدد كثيراً فى المسئولية عن هدم البناء، وأتى لمساعدة من تصيبهم أضرار من ذلك، فلم يتركهم إلى القواعد العامة التى توجب عليهم إثبات الخطأ فى جانب المسئول.

وتسرى هذه القواعد الجديدة منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩، أى منذ نفاذ القانون الجديد. والعبرة فى ذلك بتاريخ وقوع الضرر الذى ينجم عن تهدم البناء، فإذا وقع هذا الضرر فى تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذى ينطبق، وإلا فالقانون الجديد(1).

ونفصل الآن قواعد هذه المسئولية، فنتكلم فى أمرين: (١) متى تتحقق المسئولية عن تهدم البناء (٢) وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية.

المطلب الأول

متى تتحقق المسئولية من تهدم البناء

٧١١ – شرطان لتحقق المسئولية: تتحقق هذه المسئولية إذا تهدم البناء تهدماً كلياً أو جزئياً وألحق تهدمه ضرراً بالغير. فعندئذ يكون حارس البناء مسئولا عن هذا الضرر.

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين: (١) حراسة البناء (٢) تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر.

١ – حراسة البناء

٧١٢ – تحليل هذا الشرط: لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة بناء. فنبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «البناء».

٧١٣ – الحراسة: تتحدد الحراسة هنا على النحو الذى حددناها به فى حراسة الحيوان، فحارس البناء إذن هو من له السيطرة الفعلية على البناء(2). فيكون مكلفاً بحفظه وتعهده

(1) متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض للمطعون عليهم عن الاضرار التى لحقت منزلهم قد حمل الطاعنة مسئولية سقوط حائط منزلها دون بيان وجه خطئها فى ذلك مع وجوب هذا البيان عملا كالمادة ١٥١ من القانون المدنى القديم، المنطبق على واقعة الدعوى والذى لم يرد فيه نص كالمادة ١٧٧ من القانون المدنى الجديد تفترض مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدامه من ضرر ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه، وهذا تشريع مستحدث لا يسرى إلا من تاريخ العمل به، فان هذا الحكم يكون قد خالف القانون وشابه القصور. (جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢ الطعن ١٧٣ سنة ٢١ ق س٥ ص٩٨).

(2) مفاد نص المادة ١٧٧ من القانون المدنى ان حارس البناء الذى يفترض الخطأ فى جانبه على =

بالصيانة والاستيثاق بأنه ليس قديما ولا معيباً بحيث يتهدد الناس بالخطر، ويكون هو المتصرف فى أمره، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية ما دامت سيطرة فعلية قائمة. فحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك، ولا المنتفع، ولا الحائز.

ولكن المفروض أن مالك البناء هو الذى يسيطر عليه سيطرة فعلية وهو المتصرف فى شؤونه، ومن ثم توجد قرينة على أن حارس البناء هو المالك. والبائع قبل التسليم، حتى بعد تسجيل عقد البيع، يستبقى السيطرة الفعلية على البناء، فيبقى هو الحارس، ولا تنتقل الحراسة إلى المشترى إلا بالتسليم(١). والمقاول الذى قام بتشييد البناء يعتبر حارساً له حتى يسلمه لمالكه(٢). والمالك المعلق ملكه على شرط فاسخ أو على شرط واقف يعتبر أنه هو الحارس إذا تسلم البناء وكانت له عليه السيطرة الفعلية.

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمنتفع (usufruitier) والمستحكر والمرتهن رهن الحيازة والحائز للبناء بنية تملكه سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية. أو المستأجر والمستعير فلا يعتبران فى الغالب من الأحوال حارسين لأن السيطرة الفعلية على البناء – خلافاً للحيوان والمنقول – تبقى عادة عند المالك(٣). لكن إذا أقام المستأجر بناء فى العين

=مقتضى نص هذه المادة هو ذلك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السيطرة الفعلية على البناء بان يكون ملتزما بصيانته وترميمه وتلافى اسباب إضراره بالناس، فالمسئولية المنصوص عليها فى تلك المادة تتعلق بهدم البناء كليا أو جزئيا بغير تدخل انسان، والاصل أن تكون الحراسة للمالك ما لم يثبت انتقالها إلى الغير بتصرف قانونى كالبيع أو المقاولة، وكان من المفترض فى القانون ان من يشترك فى اعمال الهدم والبناء لا يسأل إلا عن نتائج خطئه الشخصى فصاحب البناء لا يعتبر مسئولا مدنيا عما يصيب الناس من الاضرار عن هدم البناء بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة إلا إذا كان العمل جاريا تحت ملاحظته واشرافه الخاص، فإذا عهد به كله أو بعضه إلى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل عادة تحت مسئوليته فان الاخير هو الذى يسأل عن نتائج خطئه.

(جلسة ١٩٨٤/٤/٢٦ الطعن ١٦٤١ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١١١٧)

(جلسة ١٩٨١/١٢/٢ الطعن ٦١٦ لسنة ٤٦ق س٣١ ص١٩٧٨)

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا مسئولية على المالك لمنزل لو سقط بعض بنائه على إنسان فقتله إذا تبين أن المالك المذكور اشترى هذا المنزل، ولكنه لم يكن قد وضع يده عليه بسبب نزاع وقع بينه وبين آخرين (استئناف وطنى فى ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٠٠٠ ص١٨٤) – وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية المشترى بعقد غير مسجل ما دام حائزاً (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م٥٨ ص١١٢).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب على المقاول اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر عن الجيران (استئناف مختلط فى ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م٤١ ص٢٢٢ – وفى ■ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م٤٢ ص٨٣– وفى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤٠٤)– على أن الجار الذى يكون منزله قديماً غير متين لا يجوز له أن يزيد فى أعباء المالك أو المقاول، وعليه أن يساهم فى نفقات تقوية بنائه (استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤٠٢– وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٩)– وفى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٣٦– وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٨٣).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن تمسك مالك البناء بأن العين المملوك له مؤجرة للغير وبنا انتقال

مستأجرة اعتبر حارساً له إلى أن تنتقل ملكية هذا البناء إلى المالك وفقاً للاتفاق أو لقواعد التصاق(١).

وقد يكون الحارس شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة.

وقد يجعل القانون للحارس حق الرجوع على شخص آخر مسئول نحوه كمهندس البناء والمقاول وهما مسئولان عما يحدث فى خلال عشر سنوات من ضرر عن تهدم البناء (م٦٥١ القانون الجديد)، وكالمستأجر وهو مسئول عن صيانة العين المؤجرة، وكالبائع وهو ضامن العيب الخفى.

٧١٤– البناء: والبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها – خشباً أو جيراً أو جبساً أو حديداً أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا – شيدتها يد إنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار. ويستوى أن يكون البناء معداً لسكنى إنسان أو لإيواء حيوان أو لإيداع أشياء. فالبيوت والزرابى والمخازن تعتبر بناء بل قد لا يكون البناء معداً لشئ من ذلك، فالحائط المقام بين حدين بناء، والعمد التذكارية وما إليها من تماثيل مبنية على سطح الأرض بناء، وكذلك القناطر والخزانات والسدود والجسور (الكبارى) وكل ما أشيد فى باطن الأرض بناء، كالأنفاق والمصارف والمجارى وأنابيب المياه والغاز. ويعتبر كل هذا بناء ولو لم يتم تشييده، فإذا أحدث تهدمه ولما يزل فى دور التشييد ضرراً كان الحارس – وهو المقاول عادة – مسئولا عنه.

= حيازتها القانونية لهذا الغير، وبأنه اشترط عليه أن يقوم هو بالتصليحات اللازمة، أو إذن فإن المسئولية عن الضرر الذى وقع تنتقل إلى المستأجر، فذلك لا يجديه فى دفع المسئولية عنه، ولكنه لا يمنعه من الرجوع على المستأجر منه إذا رأى أنه مسئول أمامه (نقض مدنى فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر٢ رقم ٦٤ ص١٧٥).

(١) ومن أحكام القضاء المصرى فيمن هو المسئول عن تهدم البناء فى ظل القانون المدنى القديم: إذا كان المالك قاصراً فلا تكون عنده الحراسة، بل المسئول هو الوصى (استئناف مختلط فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٥٨)– والحائز سواء كان حسن النية أو سيئها يكون هو المسئول لا المالك (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م٥٨ ص١١٢)– والبناء فى أثناء تشييده أو ترميمه تكون المسئولية فيه على المقاول دون المالك (استئناف مختلط فى ١٠ مايو سنة ١٩١١ م٢٣ ص٣٠٦ – وفى ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٢٢). فإذا تمت الأعمال وسلم البناء للمالك ومضت مدة كافية على ذلك، رجعت إليه المسئولية، على أن يرجع على المقاول إذا كان هناك وجه لذلك (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م١١ ص١٩٦– وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٣٢)– مقاول أعمال البناء مسئول عن تسرب المياه تحت الأرض (استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص١٥٢) – إذا كان أحد شركاء البناء هو المشرف على عملية البناء، فهو وحده المسئول دون سائر شركائه ودون المقاول الذى كان مقتصراً على توريد الأنفار (استئناف وطنى فى ٣ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٦٥ ص٧٦٤) – وفى المسئولية عن المصعد (استئناف مختلط فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٩٧– وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٥م ٤٧ ص٣٦٢– وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٧٦).

ولا يعتبر بناء العقار بالتخصيص كالمصاعد. وكذلك الأرض لا تعتبر بناء، فإذا تطايرت منها شظايا أضرت بالغير، فلا يعتبر هذا الضرر قد أحدثه تهدم البناء.

٢ – تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر

٧١٥– تحليل هذا الشرط: يجب أن يكون الضرر الذى أصاب المضرور ناجما من تهدم البناء. فننظر فيما يعتبر تهدماً وما لا يعتبر كذلك.

٧١٦– ما يعتبر تهدما: تهدم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض التى يتصل بها اتصال قرار. ويستوى أن يكون التهدم كلياً أو جزئياً، كما إذا وقع سقف أو تهدم حائط أو انهارت شرفة أو سقط سلم. ويستوى كذلك أن يكون البناء قديماً أو جديداً، معيباً أو غير معيب، فلو تخرب مبنى بسبب قدمه أو بسبب حادث كأن يرمى بالقنابل فى غارة جوية، فإن تهدمه بعد ذلك تهدماً كلياً أو جزئياً إذا أحدث ضرراً يرتب مسئولية فى ذمة حارس البناء بمقتضى خطأ مفترض.

٧١٧– ما لا يعتبر تهدما: ولا يكفى أن يكون الضرر آتياً من البناء، ما دام هذا البناء لم يتهدم كله أو بعضه. فلو أن شخصاً زلقت رجله وهو يمشى فى غرفة دهنت «أرضيتها» جعلها زلجة فأصيب بضرر، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجما عن تهدم البناء، وعليه أن يثبت خطأً فى جانب المسئول.

ولو أن جسما صلباً سقط من نافذة فى مبنى فوقع على شخص أصيب من جراء ذلك بأذى، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجما من تهدم البناء ما دام سقوط الجسم الصلب لم يكن نتيجة لتهدم النافذة(١).

ويجب أن ينجم الضرر عن تهدم البناء تهدماً فعلياً، لا عن مجرد أن يكون البناء مهدداً بالسقوط أو التهدم. وقد كان القانون الرومانى فى هذه الحالة يجعل الحق للشخص

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص (٢٤٦ من هذا المشروع) يقضى بما يأتى: «كل من يقيم فى مسكن يكون مسئولا عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى أو يسقط من هذا المسكن إلا إذا يثبت أن وقوع الخطأ كان بسبب أجنبى لا يد له فيه». وقد أقرت لجنة المراجعة هذا النص، ووافق عليه مجلس النواب. ولم توافق عليه أغلبية لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، لأنها آثرت أن تظل المسئولية فى نطاق ما يقضى به النص خاضعة للقواعد العامة. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: «عمد المشروع إلى تعزيز أحكام المسئولية عن البناء ... تتعلق بالمسئولية عما يلقى أو يسقط من المسكن، ويراعى أن الضرر فى هذه الحالة لا يحدث ... نفسه أو بسبب جزء منه أو بسبب ما يتبعه من الملحقات، بل بسبب ما يلقى أو يسقط ... مخصصاً للسكنى، فيفترض خطأ ساكن البناء فى هذه الصورة، ويلزم بالتعويض، إلا أن يثبت أن الحادث وقع من جراء سبب أجنبى. وتختلف هذه المسئولية عن المسئولية العامة عن البناء ... ثلاثة: (أ) فهى لا تترتب بناء على ضرر ينجم عن البناء أو أجزائه أو ملحقاته (ب) ... عاتق الساكن (جـ) وهى لا ترتفع إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبى». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٢٩ فى الهامش).

المهدد أن يستولى على البناء وأن يصلح ما به من خلل. واتبع القانون الفرنسى القديم هذه القاعدة، دون أن يجعل للشخص المهدد حق الاستيلاء على البناء. أما القانون الفرنسى الجديد فلم ينص على هذا التدبير الوقائى. وسار القانون المدنى المصرى القديم على نهج القانون الفرنسى فى عدم النص على ذلك. ولكن القانون المدنى الجديد أجاز فى هذه الحالة اتخاذ تدابير واقية، وقد رأيناه ينص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ على ما يأتى: «ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر. فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه». وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «وقد احتذى المشروع مثال بعض التقنينات الأجنبية، فقرر بين أحكام المسئولية عن البناء قاعدة خاصة بشأن ما يتخذ من التدابير الوقائية التى لا تنطوى على معنى التعويض. ويكفى لإعمال هذه القاعدة أن يتحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء البناء دون أن يقع فعلا. فلمن يتهدده هذا الضرر أن يكلف المالك، دون الحارس، باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر. فإذا لم يستجب مالك البناء لهذا التكليف، جاز للمحكمة أن تأذن لمن يتهدده الضرر باتخاذ هذه التدابير على حساب المالك»(١).

والحريق غير التهدم، فإذا احترق بناء وامتدت الحريق إلى مبان مجاورة، فأصيبت بضرر، لم يكن هذا الضرر ناجما عن تهدم البناء، حتى لو كان البناء المحترق انهدم عقب الحريق مباشرة نتيجة لهذا الحريق فأصاب الغير بالضرر(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٣١ (وأنظر فى هذا المعنى المادتين ٩٠/٩٨ من التقنينين التونسى والمراكشى، والمادة ٥٩ من تقنين الالتزامات السويسرى، والمادة ١٥١ فقرة ٢ من التقنين البولونى. وأنظر عكس ذلك المادة ١١٦٦ من التقنين الأرجنتينى).

(٢) أما إذا انهدم البناء بعد الحريق بمدة كافية، ولو كان الانهدام نتيجة الحريق، كان الضرر الذى يحدث ناجما عن تهدم البناء. هذا وقد صدر قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ فى فرنسا، أضاف فقرة جديدة إلى المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى، وقضى بأن الحائز للعقار أو المنقول، إذا شب فيه حريق، لا يكون مسئولا عن الضرر الذى يلحق الغير إلا إذا ثبت حصول الحريق بخطأ الحائز – أما فى العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر، إذا احترقت العين المؤجرة، فقد نصت المادة ٥٨٤ من القانون المدنى الجديد على أن المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه، فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد، كان كل منهم مسئولا عن الحريق بنسبة الجزء الذى يشغله، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقيما فى العقار، هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأ شبوبها فى الجزء الذى يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولا عن الحريق.

هذا والمسئولية عن تهدم البناء غير المسئولية عن الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة، ولو كان هذا البناء تتطلب حراسته هذه العناية الخاصة، كمصنع لعمل المفرقعات. فإذا تهدم هذا المصنع، فأصاب الغير بضرر، كان النص الواجب التطبيق هو المادة ١٧٧ لا المادة ١٧٨، فيجوز لحارس المصنع أن يتخلص من المسئولية لا بإثبات السبب الحقيقى فحسب، كما هو الأمر فى المادة ١٧٨، بل أيضاً بإثبات أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه. أما إذا وقع الضرر من المفرقعات ذاتها لا من تهدم المصنع، وجب تطبيق المادة ١٧٨، ويكون حارس المفرقعات مسئولا ولا يتخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى.

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن تهدم البناء

٧١٨- مسألتان: متى تحققت مسئولية حارس البناء على الوجه الذى تقدم ذكره، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس كما بينا، فنفصل الآن ما هو هذا الخطأ، وإلى أى حد هو مفترض.

١- ما هو الخطأ

٧١٩- ما الذى يثبته المضرور: تقدم أن حارس البناء مسئول عن تهدمه ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه.

فالمضرور هو الذى يكلف أولا بإثبات أمرين:

(١) أن الضرر الذى أصابه نجم عن تهدم البناء تهدماً كلياً أو جزئياً. وقد بينا متى ينجم الضرر عن تهدم البناء.

(٢) أن المدعى عليه هو حارس البناء الذى تهدم. وقد بينا كيف يتحدد حارس البناء.

٧٢٠- ما الذى يثبته حارس البناء: فإذا ما أثبت المضرور ذلك، كان على حارس البناء حتى يدفع مسئوليته عن طريق نفى الخطأ، أن يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه(١)(1).

فإذا لم يستطع إثبات ذلك افترض القانون أمرين:

(أولا) أن التهدم سببه إما إهمال فى صيانة البناء أو قدم هذا البناء أو وجود عيب فيه.

(ثانيا) أن هذا الإهمال أو القدم أو العيب منسوب إلى خطأ حارس البناء، فهو الذى

---

(١) أما فى القانون المدنى الفرنسى، فقد قدمنا أن المضرور هو الذى يجب عليه أن يثبت فى جانب مالك البناء إهمالا فى الصيانة أو عيباً فى البناء. فالإهمال فى الصيانة أو العيب فى البناء غير مفترض فى القانون الفرنسى، بل يجب على المضرور إثباته. وهو فى القانون المصرى الجديد مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس، وحارس البناء هو الذى يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى ذلك كما رأينا.

(1) مفاد نص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى أن مسئولية حارس البناء عن الضرر الناشئ عن تهدمه كلياً أو جزئيا تقوم على خطأ مفترض فى جانب الحارس باهماله صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه وهو خطأ لا يقبل اثبات العكس، وان كانت المسئولية تنتفى بنفى علاقة السببية من هذا الخطأ المفترض وبين الضرر باثبات أن وقوع التهدم ولو كان جزئيا لا يرجع إلى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه إنما يرجع إلى القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه.

(جلسة ١٩٩٧/٥/٢٤ الطعن ٣٨٦٩ لسنة ٦١ق السنة ٤٨ ص٧٨٣)

(جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠ الطعن ٢٣٤٨ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ الطعن ٦١٦ لسنة ٤٦ق السنة ٣١ ص١٩٧٨)

قصر بأن لم يعن عناية كافية بصيانة البناء أو بتجديده أو بإصلاحه، فترتب على هذا التقصير أن تهدم البناء.

ومن ثم نرى أن مسئولية حارس البناء تقوم على خطأ مفترض فى جانبه، هو الإهمال فى صيانة البناء أو فى تجديده أو فى إصلاحه، حتى تداعى البناء وتهدم فأصاب الغير بالضرر(1).

٢- إلى أى حد هو مفترض

٧٢١- الخطأ المفترض ذو شقين، أحدهما قابل لاثبات العكس والآخر غير قابل لذلك: هذا الخطأ المفترض فى جانب حارس البناء هو كما رأينا خطأ ذو شقين، الشق الأول منه يقوم على أن التهدم سببه إهمال فى صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه، والشق الثانى يقوم على أن هذا الإهمال منسوب إلى خطأ الحارس.

والشق الأول من هذا الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس، أما الشق الآخر فلا يقبل.

وتفصيل ذلك أن حارس البناء يستطيع أن ينفى الشق الأول، بأن يثبت أن التهدم ليس سببه إهمالا فى صيانة البناء أو فى تجديده أو فى إصلاحه. وهو يستطيع ذلك بإحدى وسيلتين: إما بإثبات أن البناء لم يكن فى حاجة إلى صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح، بل كان الحارس قائماً كما ينبغى بصيانته وتجديده وإصلاحه، وإما بإثبات أن التهدم كان نتيجة لسبب غير الحاجة إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح، كحريق شب فى البناء أو متفجرات دمرته أو قنابل ألقيت عليه أو نحو ذلك. فإذا قام بهذا الإثبات، دفع عن نفسه الخطأ المفترض، ووجب تطبيق القواعد العامة، وتعين على المضرور أن يثبت خطأ فى جانبه(١).

---

(1) مفاد نص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى أن مسئولى حارس البناء عن الضرر الناشئ عن تهدمه كليا أو جزئياً تقوم على خطأ مفترض فى جانب الحارس باهمال صيانة هذا البناء أو تجديده أو اصلاحه، وهو خطأ لا يقبل اثبات العكس، وان كانت تنتفى المسئولية بنفى علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الضرر باثبات ان وقوع التهدم ولو كان جزئياً لا يرجع إلى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه إنما يرجع إلى القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه.

(جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠ الطعن ٢٣٤٨ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٣/٦/٢١ الطعن ٩٨ لسنة ٣٩ق س٣٤ ص١٤٦٠)

(١) لكن إذا ثبت أن التهدم وقع فى أثناء القيام بهدم البناء أو بإصلاحه، فإن كان التهدم راجعاً إلى إهمال فى الصيانة أو إلى قدم فى البناء أو إلى عيب فيه، تحققت المسئولية بمقتضى الخطأ المفترض. أما إذا كان التهدم لم يقع إلا نتيجة للهدم أو للاصلاح، وجب تطبيق القواعد العامة وإثبات الخطأ فى جانب المسئول.

وقد قدمنا أن البناء إذا شبت حريق فيه أو خربته متفجرات أو قنابل، وبقى مخرباً، ثم تهدم بعد ذلك، قامت المسئولية على الخطأ المفترض. أما إذا تهدم البناء فوراً بشبوب الحريق أو بفعل المتفجرات أو القنابل، لم تقم المسئولية على خطأ مفترض، بل طبقت القواعد العامة، ووجب إثبات الخطأ فى جانب المسئول.

أما إذا لم يستطع أن ينفى الشق الأول، بقى هذا الشق مفترضاً فى جانبه. وكذلك يبقى الشق الثانى مفترضاً لأن افتراضه لا يقبل إثبات العكس، ويعتبر الإهمال في الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوباً إلى خطئه(1). ولا يستطيع الحارس فى هذه الحالة أن يدفع عنه المسئولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين تهدم البناء والضرر الذى وقع، بأن يثبت مثلا أن زلزالا كان هو السبب فى التهدم وهذه هى القوة القاهرة، أو أن عدواً مغيراً هو الذى خرب البناء وهذا هو خطأ الغير، أو أن المضرور نفسه هو الذى منع حارس البناء من القيام بأعمال الصيانة أو التجديد أو الإصلاح وهذا هو خطأ المضرور.

ولما كان عديم التمييز لا يتصور الخطأ فى جانبه، وكانت مسئولية حارس البناء قائمة على خطأ مفترض، فحارس البناء لا يجوز أن يكون عديم التمييز.

٧٢٢- الخطأ المفترض لا يقوم عند قيام علاقة عقدية: والخطأ المفترض بشقيه لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين حارس البناء والمضرور. فإذا كان المضرور هو مستأجر البناء مثلا وتهدم البناء فأصابه بالضرر، رجع المستأجر على المؤجر بمقتضى مسئولية عقدية مصدرها عقد الإيجار(2)، ولا محل للمسئولية التقصيرية(1). وإذا كان المضرور نزيلا فى فندق، فصاحب الفندق مسئول قبله بمقتضى العقد لا بمقتضى مسئولية تقصيرية. وقد قدمنا أن المسئولية العقدية تنفى المسئولية التقصيرية.

أما إذا كان المضرور خادماً لحارس البناء أو تابعاً له، فإن العقد فى هذه الحالة لا يلزم المتبوع بأن يكفل سلامة التابع، فيكون الحارس مسئولا قبل التابع بمقتضى المسئولية التقصيرية، ويقوم الخطأ المفترض على الوجه الذى بيناه.

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء(*)

٧٢٣- النصوص القانونية وتطور المسئولية عن الأشياء: لم يشتمل القانون المدنى

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٧٨- فقرة ٢٨٢، وما أورده من أحكام القضاء المصرى. وانظر عكس ذلك أيضاً: استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٥٤ - وفى ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٧٢- وفى ٥ يونية سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٤٨٥- وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص١٤٠.

(1) إذا قتل أحد سكان المنزل خطأ نتيجة عدم اتخاذ مالكه الاحتياطات اللازمة لحماية السكان عند اجراء اصلاحات به فأنه لا يشترط لمسئولية صاحب المنزل أن تكون هناك رابطة قانونية بينه وبين المجنى عليه.
(جلسة ١٩٥٥/١٢/١٢ الطعن ٩٧ لسنة ٢٥ق س٦ ص١٤٦٣)

(2) أما من يربطه بحارس البناء عقد ايجار، فان احكام هذا العقد ونصوص القانون المدنى التى تنظم عقد الايجار تكون هى وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسئولية المؤجر.
(جلسة ١٩٨١/١/٢٧ الطعن ٢٦٨ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص٣٥٥)

(*) **بعض المراجع:** سالى فى حوادث العمل والمسئولية المدنية (سنة ١٨٩٧)- جوسران المسئولية عن

القديم على نص خاص لتحديد مسئولية حارس البناء، فكانت هذه المسئولية تترك للقواعد العامة.

وقد تطورت المسئولية عن الأشياء غير الحية (choses inanimées) تطوراً سريعاً منذ بداية القرن العشرين. فقد كانت بادئ الأمر قائمة على أساس وجوب إثبات خطأ فى جانب المسئول. ولم يفكر واضعو القانون المدنى الفرنسى فى تخصيص قاعدة لهذا النوع من المسئولية. بل إن المشرع الفرنسى عندما قرر المسئولية عن الأشياء فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤، فنص على أن «الشخص مسئول... عن الأشياء التى تكون فى حراسته»، لم يكن يقصد إلا الحالتين اللتين نص عليهما بعد ذلك، وهما المسئولية عن الحيوان والمسئولية عن البناء، بعد أن مهد لهما بهذه العبارة العامة. أما سائر الأشياء غير الحيوان والبناء، فمما لا ريب فيه أن المشرع الفرنسى لم يرد أن يستثنيها من القاعدة العامة المقررة لمسئولية الإنسان عن فعله، وهى القاعدة التى قررها فى المادتين ١٣٨٢ و١٣٨٣، فكل ضرر يصيب الغير من شئ يسأل عنه صاحب هذا الشئ إذا أثبت المضرور خطأ فى جانبه، ولا فرق بين أن يصيب الإنسان غيره بالضرر بفعله المباشر أو بواسطة شئ فى يده. وقد سار الفقه والقضاء فى فرنسا على هذا الرأى وقتاً طويلاً حتى أواخر القرن التاسع عشر.

ولكن النظم الاقتصادية لم تبق على حالها، بل أحدثت المخترعات الحديثة تطوراً عظيماً، فقامت الصناعات الكبيرة ووسائل النقل السريعة، وسخر الإنسان القوى الطبيعية لخدمته ورفاهته، ولم يبال أن تكون قوى عمياء لا يسيطر عليها كل السيطرة، فهى إذا ما أفلتت من يده - وكثيراً ما تفلت - لا يلبث أن يكون ضحيتها. وكان لذلك أكبر الأثر فى تطور المسئولية عن الأشياء. فإن من يستخدم هذه المخترعات، فيعرض

=فعل الشئ (سنة ١٨٩٧) والوجيز ٢ فقرة ٥٢٩- فقرة ٥٥٥- بلانيول دراسات فى المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٦ ص٨٠) - مازو٢ فقرة ١١٣٨- فقرة ١٣٦٨- جودميه فى تطور جديد فى نظرية المسئولية المدنية (المجلة الفصلية ١٩٢٧ ص٨٩٣)- بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦١٢- فقرة ٦٢٥- كولان وكابيتان ولامورانديير٢ فقرة ٣٦٦- فقرة ٣٧٩- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٠٤٢- فقرة ١٠٨٣- الرسائل: بيزييه (Pisicr) باريس ١٨٩٩- بونيه (Bonnet) بواتييه ١٩٠٨- فيترى (Vitry) ليل ١٩٢٢- توزان (Tauzin) باريس ١٩٢٥- بيسون (Besson) ديجون ١٩٢٧ - ديلا كرواه (Delacroix) تولوز ١٩٢٨ - ليسيو (Luceo) رن ١٩٢٨- كورنى (Cornu) مونبلييه ١٩٢٩- كاهيرن (Caherne) رن ١٩٢٩- لارتيج (Lartige) تولوز ١٩٣١- الدكتور برسوم القاهرة ١٩٣١- جربوى (Gerbouille) باريس ١٩٣٢ - ليبمان (Libmann) استراسبورج ١٩٣٣- بيشيه (Bichet) ديجون ١٩٣٣ - دافيد (David) ليل ١٩٣٤ - فورز (Forse) مونبلييه ١٩٣٦ - لاردنواه (Lardennois) نانسى ١٩٣٦ - بينيكس (Beincix) باريس ١٩٣٧ - فيزيل (Fiezel) باريس ١٩٣٧ - سن (Sen) باريس ١٩٣٩- لانديل (Landelle) رن ١٩٤٠- ليفيفر (Lefebvre) باريس ١٩٤١ - جولدمان (Goldmann) ليون ١٩٤٧ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٧٢ - الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٧- الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٥٢٠- فقرة ٥٢٦- الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ١١٣ - فقرة ١٢١.

الأرواح للخطر، والأموال للتلف، من الحق أن يكون خاضعاً في المسئولية عن الضرر الذي تحدثه هذه الأشياء لقاعدة أشد من القاعدة التي يخضع لها في مسئوليته عن فعله الشخصي وإذا بقينا نشترط إثبات خطأ في جانب صاحب الشئ، فإنه يتعذر على المضرور في أكثر الأحوال إثبات هذا الخطأ. لذلك تلمس الفقه والقضاء في فرنسا طريقاً يجعلان به عبء الإثبات على صاحب الشئ لا على المضرور، فيتمشى القانون بذلك مع التطور الاقتصادي والحاجات الاجتماعية، فأخذا يتوسعان في تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي[١]، فجعلاها تقرر المسئولية عن الأشياء خطأ مفترض في جانب من يوجد الشئ في حراسته[٢](1).

---

(١) قبل أن يتوسع الفقه والقضاء في فرنسا في تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ توسلا بطريقين آخرين: (أ) الطريق الأول هو تطبيق المسئولية العقدية على حوادث العمل وحوادث النقل، وهذه هي أكثر الحوادث شيوعاً. أما عن حوادث العمل، فقد كانت المحاكم الفرنسية تقضي، قبل صدور تشريع سنة ١٨٩٨، بأن العامل المصاب يجب أن يثبت خطأ في جانب رب العمل حتى ينال تعويضا. ولما كان الإثبات في أكثر الأحوال متعذراً، فقد كان العامل هو الذي يتحمل الخسارة وحده، وقلما كان ينجح في دعوى التعويض التي يرفعها على صاحب المصنع. فقام فقيهان، أحدهما في فرنسا (Sauzet) والآخر في بلجيكا (Sainctelette)، يذهبان إلى أن مسئولية رب العمل نحو العامل مسئولية عقدية: لأنه التزم بمقتضى عقد العمل أن يحافظ على سلامة العامل من مخاطر العمل، فإذا أصيب العامل التزم رب العمل أن يعوضه عن الضرر الذي أصابه، إلا إذا أثبت أن الإصابة لا ترجع إلى خطأ في جانبه، وبذلك يتحمل رب العمل لا العامل عبء الإثبات. وقد صادفت هذه النظرية نجاحا في الفقه، فتبعها بعض الفقهاء، إلا أن القضاء لم يأخذ بها. ثم صدر بعد ذلك تشريع سنة ١٨٩٨ فعدمت المسألة أهميتها العملية. أما عن عقد النقل، فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المادة ١٧٨٤ من القانون المدني الفرنسي، التي تجعل أمين النقل مسئولا عن تلف البضائع ما لم يثبت أن تلفها كان قضاء وقدرا أو بقوة قاهرة، يمكن تطبيقها على نقل الأشخاص، فإذا أصيب شخص بضرر في أثناء النقل كان أمين النقل مسئولا، ويقع عبء الإثبات عليه إذا أراد الخلاص من المسئولية، ذلك أنه التزم بالعقد أن يحافظ على سلامة المتعاقد معه. ولكن القضاء الفرنسي لم يأخذ في أول الأمر بهذا المذهب، وإن كان قد أصبح يميل إليه في أكثر أحكامه. (ب) والطريق الثاني هو التوسع في تفسير المادة ١٣٨٦، فقد أخذ القضاء الفرنسي في أواخر القرن التاسع عشر يتوسع في تفسير كلمة «البناء»، فأدخل فيه الشجر والآلات بل والمنقولات الأخرى، وأصبح صاحب الشئ – عقاراً كان أو منقولاً – بعد هذا التفسير مسئولا عنه بمجرد أن يثبت المصاب عيباً في الشئ أو نقصاً في تعهده، قياساً على البناء. ولا خلاص من المسئولية إلا إذا ثبت أن الحادث قد وقع قضاء وقدراً أو بقوة قاهرة أو بفعل الغير أو بخطأ المصاب، فصار عبء الإثبات على صاحب الشئ. غير أن هذا التفسير يتناقض تناقضاً صريحاً مع نص المادة ١٣٨٦، فهي تذكر «البناء» و«التهدم»، والفرق كبير بين هذا وبين ما فسر به النص مما تقدم ذكره. لذلك لم يثبت القضاء الفرنسي طويلا على هذا التفسير، وعدل عنه إلى متابعة الفقهاء الذين وجدوا في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ تكأة يستندون إليها في تقرير المسئولية عن الأشياء.

(٢) وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يصوغ من نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ نظرية عامة يتحمل فيها صاحب الشئ تبعته (théorie des risques) دون أن تستند المسئولية في ذلك إلى أي خطأ، ولو كان هذا الخطأ مفترضاً. وفي مقدمة هؤلاء الفقهاء سالي (Saleilles) وجوسران (Josserand)، ولكن القضاء لم يتمش إلى هذا الحد، بل استمر يرى أساس المسئولية عن الأشياء خطأ في جانب الحارس.

(1) المسئولية المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدني تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ.

على أن هذا الأساس الجديد الذي بنيت عليه المسئولية عن الأشياء – وهو الخطأ المفترض في جانب الحارس – بقي في تطور مستمر منذ مستهل القرن العشرين إلى اليوم. فقد كان افتراض الخطأ بادئ الأمر قابلا لإثبات العكس، ثم أصبح غير قابل لذلك. وكان الخطأ المفترض مقصوراً على الأشياء المنقولة، ثم جاوزها إلى العقار. وكان يستثنى من دائرة الخطأ المفترض الأشياء التي يحركها عمل الإنسان كالسيارات ونحوها، ثم عممت القاعدة فشملت جميع الأشياء. وكان هناك تفريق بين الشئ الخطر، يكون الخطأ فيه مفترضاً، والشئ غير الخطر، يطلب فيه إثبات الخطأ، ثم زالت هذه التفرقة. وهكذا أصبحت دائرة الخطأ المفترض تتسع لأي شئ، منقولا كان أو عقاراً، متحركاً بقوته الذاتية أو محركاً بيد الإنسان، خطراً أو غير خطر. ولم يستبق القضاء الفرنسي إلا معنى «الحراسة» (garde). فهو يبني المسئولية عن الشئ على «خطأ في حراسته» (faute dans la garde). وهذا الخطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس. ولا يعرف بين النظريات القانونية نظرية تطورت بالسرعة والخطورة التي تطورت بهما نظرية المسئولية عن الأشياء، فقد انقلبت في بعض عشرات من السنين إلى النقيض مما قصده المشرع. ولاشك في أن المحاكم الفرنسية كان قضاؤها قضاء اجتهاد لا قضاء تفسير، وهي قد تمشت في ذلك لا مع النصوص القانونية كما قصد إليه المشرع وقت وضع التشريع، بل مع ما جد من الحاجات الاقتصادية. وأيد الفقه القضاء في ذلك، وتضافر كلاهما على وضع أسس لنظرية جديدة تكون أكثر انطباقاً على مقتضيات المدنية بعد تطور الصناعة وتقدم المخترعات.

أما في مصر فكانت الحالة في القانون المدني القديم تختلف عنها في فرنسا من حيث النصوص القانونية. فالقانون القديم لم يتضمن نصاً يقابل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤. وقد رأينا أن القضاء الفرنسي قد استند إلى هذا النص في تأسيس نظريته الجديدة في المسئولية عن الأشياء. وقد تضمن القضاء المصري أحكاماً تذهب إلى جعل المسئولية عن الشئ مبنية على خطأ مفترض في جانب الحارس[١]، وبنت أحكام أخرى هذا المبدأ على أساس المسئولية العقدية[٢]، وقاس بعض الأحكام المسئولية عن الشئ على المسئولية

=(جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ الطعن ٢٠٣ لسنة ٣٢ق س١٧ ص١٧١٢)
(جلسة ١٩٨٤/١/٣١ الطعن ١٠٥٢ لسنة ٥٣ق س٣٥ ص٣٥٧)
(جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩ الطعن ٥٦٩ لسنة ٥٥ق)

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٩ – وفي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص١٥٤ – وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢١٨ ص٤٣٥ – وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٤ ص٧٦٠ – محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ يناير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص١٦٠ – وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص٥٩ – وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م٥٣ ص٣٧ – وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص٧٥.

(٢) استئناف مختلط في ١٤ يونية سنة ١٨٩٩ م١١ ص٢٨٠ – وفي ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٣٥ – محكمة اللبان الجزئية الوطنية في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١/٩٣.

عن الحيوان(١). بل هناك من الأحكام المصرية ما ذهب إلى أبعد من هذا، فقال بنظرية تحمل التبعة دون أن يستند فى ذلك إلى نص معين(٢). ولكن القضاء المصرى فى مجموعه كان لا يزال يرى أن المسئولية عن الشئ لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ فى جانب الحارس(٣). ولم يكن فى الواقع من الأمر مستطيعاً – من حيث النصوص القانونية

(١) محكمة استئناف أسيوط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٦ ص٢٤٤.

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٧ ص٥٦٠– محكمة الزقازيق الكلية فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ ص١٦٩ (وقد خلط هذا الحكم بين الخطأ المفترض ومذهب تحمل التبعة). وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية المختلطة فى ١٤ يونية سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٩٥ ص٢٣٣ – وفى ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ ص١٩٥.

(٣) استئناف وطنى فى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص٤– وفى ١٩ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ■ ص١٠– وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص٥٠ – وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ ص٢٤٧ – وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٠ ص١٤٩ – وفى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ ص١١٠٤. ولكن القضاء المصرى كان يتساهل كثيراً فى استخلاص الخطأ من الوقائع. وقد جاء فى الموجز للمؤلف (فقرة ٣٧٢ ص٣٧٨) فى هذا المعنى ما يأتى: «فالقضاء المصرى يتشدد فى إلزام من يكون الشئ فى حراسته باليقظة والانتباه (استئناف وطنى فى ١٩ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص٢٤٦ – وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ ص١١ – استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٨٠ – وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٣٠ – وفى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص٤١ – وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤٩١– وفى ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٥٨)– ثم هو يتساهل فى تخفيف عبء الإثبات على المصاب (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤١٥ – وفى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص١٥)– فهو فى الواقع يستبدل بالقرينة القانونية التى يقيمها القضاء الفرنسى قرينة قضائية يستخلصها من وقائع الدعوى (استئناف مختلط فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٣٤– وفى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٨٤ ص١٦٩)». وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٥٦ ص٣٢٦– وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٠٨ ص٨٩٢ – وفى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٣٥ ص٨٢٤ – وفى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٤٥ ص٨٤١– استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٧٦– وفى ٤ مايو سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٢٨٨ – وفى ٨ فبراير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٥٩ – وفى ١٥ فبراير سنة ١٩١١م ٢٣ ص١٨٠– وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص١٨٨ – وفى ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٩٣– وفى ٢٩ مايو سنة ١٩٤٦ م٥٩ ص٥– وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت محكمة الموضوع بإلزام وزارة الأشغال العمومية بتعويض الضرر الناشئ عن التلف الذى أحدثه فى منزل المدعى تسرب المياه إليه نتيجة كسر أنبوبها، وأسست تقريرها خطأ الوزارة على تقصيرها فى مراقبة الأنابيب وملاحظتها وتعهدها فى باطن الأرض والكشف عليها من آن لآخر للتحقق من سلامتها ودوام صلاحيتها، فهذا الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص٣٩٨).

ومهما يكن من أمر، فإن القضاء المصرى كان يصرح بوجوب إثبات الخطأ. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون المدنى المختلط لا يعرف لا المسئولية المادية ولا المسئولية القائمة على خطأ مفترض عن الأشياء غير الحية (استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٨٦)، وقضت=

– أن يجد ما يساعده على دعم نظرية جديدة مثل النظرية التى أخذ بها القضاء الفرنسى(١).

فجاء القانون المدنى الجديد بالنص المطلوب. وراعى فيه حالة البلاد الاقتصادية، وحاجات الصناعات الناشئة، فلم يطلق المسئولية القائمة على خطأ مفترض لتشمل جميع الأشياء، بل قصرها على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة. وهى مرحلة من مراحل التطور مر بها القضاء الفرنسى كما رأينا. فنصت المادة ١٧٨ من هذا القانون على ما يأتى:

«كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية

=أيضاً بأن المسئولية عن الأشياء غير الحية لا تقوم على خطأ مفترض، بل يجب على المضرور إثبات الخطأ، وتقوم القرائن القضائية مقام القرائن القانونية (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٦٩ – وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٣٤). وكان لابد من إثبات خطأ فى المسئولية عن الحريق (استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م٥ ص١٦١– وفى ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٣٩٠ – وفى ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٦٢– وفى ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص١)، وهذا هو أيضاً ما نص عليه قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ فى فرنسا، أما فى القانون المدنى الجديد فى مصر فالمسئولية عن الأشياء التى تحتاج حراستها إلى عناية تقوم على خطأ مفترض حتى لو كان الضرر قد نجم عن الحريق. وكان لابد من إثبات خطأ أيضاً فى المسئولية عن السيارات ومركبات النقل (استئناف مختلط فى أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص٦٤– وفى ٢٠ يونية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص١٨١ – وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٣ ص١٨٢– وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص١٨٠ – وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٠٦– وفى ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٥٨– وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص١٨١).

(١) وقد جاء فى هذا المعنى فى الموجز للمؤلف ما يأتى: «ولكن القضاء المصرى فى مجموعه – أهليا كان أو مختلطاً – لا يزال يرى أن المسئولية عن الشئ لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ فى جانب الحارس. فهو لا يزال فى الحالة التى كان عليها القضاء الفرنسى قبل تطوره الأخير فى أواخر القرن التاسع عشر. وهو فى الواقع من الأمر لا يستطيع – من حيث النصوص القانونية – أن يجد ما يساعده على تدعيم نظرية جديدة مثل النظرية التى أخذ بها القضاء الفرنسى. بل هو ليس فى حاجة – فى الوقت الحاضر – إلى هذه النظرية الجديدة. فالظروف الاقتصادية فى مصر تختلف عنها فى فرنسا: الصناعة لا تزال فى عهد الطفولة، والآلات الميكانيكية لم تبلغ من الكثرة ما يجعلها خطرا داهماً على الحياة الاجتماعية، بل إن الصناعة الناشئة فى مصر تتطلب فى أول عهدها أن تشجع، لا أن يثقل القضاء كاهلها بالتشدد فى مسئولية أصحاب المصانع، سيما أن تشديد المسئولية يقتضى تقدم نظام التأمين، حتى تستطيع أصحاب المصانع أن تواجه ما تفاجأ به من خسارات فادحة تترتب على هذا التشديد. على أنه إذا وجد فى حالة مصر الاقتصادية ما يستدعى التشديد فى المسئولية عن الأشياء، إما لحماية طائفة مستضعفة هى طائفة العمال، أو لدرء الخطر من ازدياد وسائل النقل وتكاثر السيارات وغيرها، فإن القضاء المصرى قد عالج الأمر فى حزم وحكمة، فاستعاض عن القرينة القانونية التى قال بها القضاء الفرنسى بقرينة قضائية، أسرع ما يكون إلى استخلاصها إذا كانت الظروف تستدعى ذلك» (الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٦ ص٣٧٢).

يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة[1].

وهذه الأحكام التي استحدثها القانون المدني الجديد ليس لها أثر رجعي. فهي لا تسرى إلا على الحوادث التي تقع ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩، أي منذ

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٢٤٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة». وقد أقرت لجنة المراجعة المادة على أصلها، وأصبح رقمها ١٨٣ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، قررت الأغلبية في أول الأمر حذف المادة اكتفاء بما تقرره القواعد العامة والأحكام الخاصة في قوانين العمل. ثم رأت اللجنة بعد ذلك أن تنتقل إلى النقيض من موقفها الأول، فعدلت النص على الوجه الآتي: «يكون الشخص مسئولا عن الأضرار الناشئة عن الأشياء الواقعة في حراستها إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بخطأ المضرور أو بفعل الغير أو بقوة قاهرة أو حادث فجائي، هذا مع عدم الإخلال بما ورد في ذلك من أحكام خاصة». فجعلت النص عاما ينصرف إلى الأشياء جميعاً، سواء ما كان من قبيل الآلات الميكانيكية أم غيرها. ثم عادت اللجنة أخيراً إلى النص الأصلي فأقرته مع تعدله تعديلا طفيفاً بأن قدمت عبارة «أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة» على عبارة «آلات ميكانيكية» ليكون المعنى أكثر وضوحاً. وبذلك انتهت اللجنة إلى قصر نطاق النص على الآلات الميكانيكية وما يتطلب من الأشياء عناية خاصة في الحراسة، كما كان الأمر في المشروع التمهيدي. وأصبح رقم المادة ١٧٨. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٣٤– ص٤٣٨).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «لم يورد التقنين المصري (القديم) أي نص يتعلق بالمسئولية عن الجمادات. وإزاء ذلك عمد القضاء المصري إلى تطبيق القواعد العامة بشأنها، كما فعل في المسئولية عن البناء، فجعل ترتيبها معقوداً بإقامة الدليل على وقوع خطأ من حارس الشيء. ولكنه جرى على التسامح كل التسامح في استخلاص هذا الخطأ. فهو يكتفي بأقل إهمال، بل بمجرد العلم بما ينطوي في الشيء من أسباب الخطر، للقول بتوافر الخطأ الذي تبغي إقامة الدليل عليه. وهو بهذا يقيم قرينة قضائية على الخطأ، يستعيض بها عما تقرر النصوص من قرائن قانونية في هذا الصدد. فليس من العدل في شيء مثلا أن يلقي عبء الإثبات على المضرور في حادث من حوادث السيارات، إذ يغلب أن يمتنع عليه عملا أن يتبين كيفية وقوع الحادث، وليس شك في أن سائق السيارة أقدر من غيره على تعليل ما وقع. ولهذه العلة اختار المشروع فكرة الخطأ المفروض، مقتفياً في ذلك أثر التشريعات الأجنبية، بل وأثر القضاء الفرنسي نفسه في مراحل تطوره الأخيرة. على أن المشروع لم يمض في هذا السبيل للقصى من غاياته. بل اجتزأ بما تقتضيه أحوال البلاد في المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية. فهو لم يبلغ شأو القضاء الفرنسي في الحديث من أحكامه فيما يتعلق بإطلاق حكم هذه المسئولية على الجمادات بجميع أنواعها، بل اقتصر على الآلات الميكانيكية، وبوجه عام على الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة. وبديهي أن هذا التخصيص قصد به إلى قصر الحكم على تلك الأشياء التي تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها. وبهذا يكون من الميسور تصور إقامة قرينة على خطأ في الحراسة: أنظر في هذا المعنى المادتين ١٥٢ و١٥٣ من التقنين اللبناني والمادة ١٣١ من التقنين البولوني». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٣٥ – ص٤٣٦).

نفاذ القانون الجديد. والعبرة هنا، كما في قواعد المسئولية عن البناء، بتاريخ وقوع الضرر الذي ينجم عن فعل الشيء، فإذا وقع هذا الضرر في تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذي ينطبق، وإلا فالقانون الجديد.

ونبحث الآن – كما بحثنا في الحالات الأخرى – متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء، وعلى أي أساس تقوم هذه المسئولية، تطبيقاً للأحكام التي استحدثها القانون المدني الجديد.

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء

٧٢٤– **شرطان لتحقق المسئولية**: تتحقق المسئولية بتولي شخص حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ووقوع الضرر بفعل الشيء. فعند ذلك يكون حارس الشيء مسئولا عن هذا الضرر.

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين: (١) أن يتولى شخص حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية (٢) أن يقع الضرر بفعل الشيء.

١ – حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية

٧٢٥– **تحليل هذا الشرط**: لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة شيء. فنبين معنى الحراسة وما هو المقصود بالشيء.

٧٢٦– **الحراسة**: حددنا الحراسة فيما تقدم. فهي ليست في يد مالك الشيء ضرورة، ولا في يد حائزه، ولا في يد المنتفع به. إنما الحراسة هي السيطرة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالا، سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند[1].

والمفروض أن المالك هو حارس الشيء، وعليه هو، إذا رفعت ضده دعوى المسئولية، أن يثبت أن الحراسة خرجت من يده وقت وقوع الحادث. ويبقى المالك حارساً حتى لو أفلت الشيء من يده ما دام لم يتخل عنه (abandon). فإذا ما تخلى عنه وأصبح سائبة

(1) مفاد المادة ١٧٨ من القانون المدني أن الحراسة على الاشياء الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقا لهذا النص انما تتحقق بسيطرة الشخص الطبيعي أو المعنوي على الشيء سيطرة فعليه في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه، وكان يبين من نصوص القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بانشاء هيئة كهرباء مصر – الطاعنة – أنها عهدت إلى هذه الهيئة وحدها عملية تشغيل وصيانة شبكة الكهرباء، وهي بهذه المثابه تعتبر صاحبه السيطرة الفعلية والمتولية حراستها.
(جلسة ١٩٩٥/١٢/١٧ الطعن ٥٥٤ لسنة ٥٩ق السنة ٤٦ ص١٣٩٦ ع٢)
(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣ الطعن ١٣٠ س٤٥ق س٢٩ ص١٣٠)
(جلسة ٢٠٠٠/٣/٢٣ الطعن ٣٤٩٢ لسنة ٦٢ق)
(جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠ الطعن ٣٦٥٩ لسنة ٦٩ق)

(res nullius) زالت حراسته، ولم تنتقل الحراسة إلى أحد. وإذا كان المالك قد ملكه بعقد بيع، فالبائع قبل التسليم هو الحارس، ويصبح الحارس هو المشترى بتسليم الشئ إليه. ولو كان عقد البيع باطلا أو قابلا للإبطال أو موقوفاً فيه نقل الملكية وتسلم المشترى الشئ فإنه يصبح حارسه ولو لم تنتقل إليه الملكية، لأن العبرة ليست بالملكية بل بالسيطرة الفعلية. والمالك تحت شرط فاسخ أو واقف يعتبر حارساً ما دامت له السيطرة الفعلية على الشئ.

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمنتفع (usufruitier) والمرتهن رهن حيازة والحائز بنية التملك سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية، ما دامت السيطرة الفعلية على الشئ قد انتقلت من المالك إلى واحد من هؤلاء. فسارق الشئ يعتبر حارساً له، أما مالك الشئ المسروق فيفقد الحراسة ولا يعتبر مسئولا بمقتضى الخطأ المفترض، ثم لا يكون مسئولا إذا ثبت في جانبه إهمال أدى إلى سرقة الشئ لانقطاع علاقة السببية ما بين هذا الإهمال والضرر. أما المستأجر والمستعير والمودع عنده وأمين النقل فتنتقل إليهم الحراسة إذا انتقلت إليهم السيطرة الفعلية على الشئ، ويغلب أن يقع ذلك في المنقول[1].

والتابع لا يعتبر في العادة حارساً للشئ[1]، فحارس السيارة هو في الأصل مالكها حتى لو كان لها سائق، وحتى لو قاد السائق السيارة من غير أن يكون فيها صاحبها. فإذا ثبت خطأ في جانب السائق، أمكنت مساءلة صاحب السيارة إما باعتباره متبوعاً ثبت خطأ تابعه، وإما باعتباره حارساً مفترضاً في جانبه الخطأ. وإذا لم يثبت خطأ في جانب السائق، لم يبق إلا مساءلة صاحب السيارة باعتباره حارساً. وقد ينقل المتبوع إلى التابع السيطرة الفعلية على السيارة، فيصبح التابع في هذه الحالة هو الحارس. وفي جميع الأحوال إذا خرج التابع عن تعليمات متبوعه، وقاد السيارة لمصلحته الشخصية أو استولى عليها دون علم صاحبها، فإنه يعتبر في هذه الحالة حارساً ويكون مسئولا بمقتضى خطأ مفترض، ويكون صاحب السيارة مسئولا باعتباره متبوعاً.

وإذا أودعت السيارة «في الجاراج»، فإن كان صاحب «الجاراج» له السيطرة الفعلية عليها فإنه يصبح الحارس، وإلا فتبقى الحراسة عند صاحب السيارة. وكذلك الأمر إذا ترك

(١) على أنه إذا أعيرت سيارة بسائقها، فإن المعير في هذه الحالة يستبقي الحراسة عادة. وقد قضت محكمة النقض بأن المعير لسيارة بسائقها يكون مسئولا عن إهمال السائق إذا نشأ من هذا الإهمال حادث في أثناء قيامه بمأموريته في مدة الاستعارة (نقض في ٨ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٦٤ ص٩٣٢).

(1) لا تنتقل الحراسة إلى التابع المنوط به استعمال الشئ لأنه وإن كان للتابع السيطرة المادية عليه إلا أنه لا يعمل لحساب نفسه وإنما يكون خاضعا للمتبوع بما يفقده العنصر المعنوى للحراسة ويكون المتبوع وحده الحارس على الشئ.
(جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦ الطعن ٧٥٩ لسنة ٥٥ق)
(جلسة ١٩٩٢/١/٢٦ الطعن ٢٢٦١ لسنة ٥٦).

صاحب السيارة سيارته في مكان وقوف السيارات تحت رقابة مشرف، ويغلب في هذه الحالة أن تبقى السيارة في حراسة صاحبها فيما يخرج عن عمل المشرف[١].

والسيارة إذا سلمت إلى ميكانيكي لأصلاحها تنتقل في الغالب حراستها إليه، لأنه يصبح صاحب السيطرة الفعلية عليها. ولا يبقى صاحب السيارة حارساً في هذه الحالة، إلا إذا بقي السيارة تحت إشرافه وقت إصلاحها.

ومن يتعلم القيادة لا يكون حارساً للسيارة، والحارس هو المعلم. وإذا خالف المتعلم إرشادات معلمه وتوجيهاته، كان هذا خطأ ثابتاً في جانبه. أما الممتحن لمن تعلم القيادة فلا يكون حارساً، والمتعلم هو الذى يستبقي الحراسة.

٧٢٧- الشئ: كل شئ مادى غير حى فيما عدا البناء يدخل في هذا النطاق ما دامت حراسته تقتضي عناية خاصة[1].

فالأشياء غير المادية والحيوان والبناء لا تدخل في النطاق المتقدم الذكر. وقد سبق تحديد المسئولية عن الحيوان وعن البناء. والمسئولية عن الحيوان لا تختلف في أحكامها من حيث الخطأ المفترض عن أحكام المسئولية عن الأشياء. أما المسئولية عن البناء فتختلف، وقد قدمنا أن الخطأ فيها ذو شقين، أحدهما مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس، والآخر مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس. ومن ثم وجب التمييز في الشئ بين ما إذا كان بناء أو غير بناء. فإن كان بناء، استبعدت أحكام المسئولية عن الأشياء، وقام خطأ مفترض ذو شقين على النحو الذى بيناه. وإن كان غير بناء وكانت حراسته تقتضي عناية خاصة، طبقت أحكام المسئولية عن الأشياء، وقام خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس على النحو الذى سنبينه.

ويعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة ١٧٨ الآلات الميكانيكية إطلاقاً. ولم يشترط القانون في الآلات الميكانيكية أن تتطلب حراستها عناية خاصة كما اشترط ذلك في غيرها، لأن هذه الآلات تتحرك بمحرك ذاتي، فافترض القانون لذلك أن حراستها تتطلب دائماً عناية خاصة.

أما غير الآلات الميكانيكية فلا يعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة ١٧٨ إلا إذا اقتضت حراسته عناية خاصة[2]. وسنرى فيما يلي متى تحتاج حراسة الشئ إلى عناية خاصة، كما

(١) وعمل المشرف هو أن يستبقي السيارة في مكان معين فتصبح له الحراسة من هذه الناحية. وأما أجزاء السيارة وآلاتها فتبقى في حراسة صاحبها، فإذا نقل شخص السيارة من مكان إلى آخر، ولو من غير علم المشرف، فأحدثت ضرراً، كان المشرف هو المسئول. وإذا كان بالسيارة خلل أحدث ضرراً، فإن المسئول عن هذا الضرر هو صاحب السيارة.

(1) الشئ في حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى، هو ما تقتضي حراسته عناية خاصة إذا كان خطرا بطبيعته أو بظروفه وملابساته بان يصبح في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر.
(جلسة ١٩٨٣/٣/١٣ الطعن ٥٢٢ لسنة ٤٥ق س٣٤ ص٢٠٢).

(2) الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى = =

سنرى أن فكرة العناية الخاصة هى فكرة سيئة، فالشئ الواحد قد تستدعى حراسته عناية خاصة أو لا تستدعى هذه العناية بحسب كما يختلف عليه من وضع.

ويستوى أن يكون الشئ منقولاً، أو عقاراً بطبيعته كالأشجار والأرض إذا انخسفت والمبانى إذا نجم الضرر لا عن تهدمها، أو عقاراً بالتخصيص كالمصاعد والآلات الزراعية أو الصناعية المخصصة لخدمة مزرعة أو مصنع.

ولا يدخل الشئ المباح (res nullius)، إذ ليس له حارس يكون مسئولا عنه.

٢ – وقوع الضرر بفعل الشئ

٧٢٨– التدخل الإيجابى: يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشئ (fait de la chose). ولا يكفى فى ذلك تدخل الشئ تدخلا سلبياً. فإذا وقفت عربة فى المكان المعتاد للوقوف واصطدمت بها عربة أخرى أو أحد العابرة، أو كانت شجرة ثابتة فى مكانها لم تقتلعها الريح فعثر فيها أحد المارة وأصيب بضرر من ذلك، أو كانت آلة ميكانيكية ثابتة فى مكانها الطبيعى لا تتحرك فاصطدم بها شخص فجرح، كانت هذه كلها أوضاعاً سلبية للشئ، ولا يمكن القول فى مثل هذه الحالات إن الضرر الذى وقع هو من فعل الشئ، لأن الشئ لم يتدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر، بل كان تدخله سلبياً محضاً.

أما إذا كانت العربة تسير أو واقفة ولكن فى غير وضعها الطبيعى، أو كانت الشجرة قد اقتلعتها الريح فقذفت بها فى عرض الطريق، أو كانت الآلة الميكانيكية فى غير مكانها الطبيعى أو كانت تتحرك، فإن الضرر يكون فى هذه الحالات من فعل الشئ، وقد تدخل الشئ تدخلاً إيجابياً فى إحداثه.

= انما تتحقق بسيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية لحساب نفسه، ولما كان الثابت فى الدعوى أن الشركة الطاعنة عهدت إلى مقاول بسد فتحات فى ابواب بمبان مملوكة لها وفى يوم الحادث كان المطعون عليه الأول عن نفسه وبصفته وهو أحد العمال التابعين للمقاول يقوم بعمله واثناء مروره صدمه السلك الكهربائى المسند على حائط فى المبنى، فان الحراسة على هذا السلك تكون وقت الحادث معقودة للشركة باعتبارها صاحبة السيطرة الفعلية على البناء والسلك الكهربائى الموجود فيه، ولم تنتقل هذه الحراسة إلى المقاول لأن عملية البناء التى اسندت إليه لا شأن لها بالاسلاك الكهربية الموجودة فى المبنى أصلا، وبالتالى تكون الشركة مسئولة عن الضرر الذى لحق بمورث المطعون عليه الأول مسئولية أساسها خطأ مفترض طبقا لنص المادة ١٧٨ سالف الذكر، ولا تنتفى عنها هذه المسئولية إلا إذا أثبتت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد لها فيه.

(جلسة ١٩٧٧/٣/١ الطعن ٥٣٨ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص٥٩١)

(جلسة١٩٧٤/١٢/٣١ الطعن ٤٣ لسنة ٣٩ق س٢٥ ص١٥٥٧)

(جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥ الطعن ٩٠٧ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٩٢/٢/٢٧ الطعن ٢٥٢٥ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٩٤/٥/٨ الطعن ٥٥٥ لسنة ٦٠ق السنة ٤٥ ص٨٠٥ ع١)

(جلسة ١٩٩٨/٤/٢٦ الطعن ٢٠٥ لسنة ٦٢ق)

ويمكن القول إن الشئ تدخل تدخلاً إيجابياً فى إحداث الضرر، إذا كان هذا الشئ فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر[1].

والمفروض، إذا أحدث الشئ ضرراً، أن الشئ قد تدخل تدخلاً إيجابياً فى إحداثه.، والمسئول هو الذى عليه أن يثبت أن الشئ لم يتدخل فى إحداث الضرر إلا تدخلا سلبياً، فينتفى بذلك افتراض الخطأ، ولا تتحقق المسئولية إلا بإثبات خطأ فى جانب المسئول[1].

٧٢٩– عدم ضرورة الاتصال المادى المباشر: والتدخل الإيجابى لا يستلزم الاتصال المادى المباشر. فقد لا يتصل الشئ اتصالا مادياً مباشراً بمن وقع عليه الضرر، ومع ذلك يتدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر. فإذا سارت عربة بسرعة تفوق السرعة المعتادة ففزع أحد المارة ووقع فأصيب بضرر دون أن تمسه العربة، وإذا وقفت عربة وقوفاً فجائياً وكانت عربة تسير وراءها فاضطرت إلى تفادى الاصطدام بها بأن انحرفت عن الطريق فاصطدمت بشجرة، وإذا سدت عربة منافذ الطريق على راكب «موتوسيكل» فاختل توازن الراكب وسقط إلى الأرض، ففى كل هذه الحالات تدخل الشئ تدخلاً إيجابياً فى إحداث الضرر دون أن يمس الشخص أو الشئ المضرور أو يتصل به اتصالاً مادياً مباشراً.

٧٣٠– فعل الشئ وفعل الإنسان: وتجب الدقة فى التمييز بين فعل الشئ (fait de la chose) وفعل الإنسان (fait de l'homme). ذلك أن المسئولية عن فعل الشئ تقوم على خطأ مفترض، أما المسئولية عن فعل الإنسان فتقوم على خطأ واجب الإثبات. ومن ثم كان الفرق كبيراً بين المسئوليتين، ووجب البحث عن معيار التمييز فيما بينهما.

وقد سار القضاء الفرنسى مراحل متعاقبة فى طريقه إلى هذا التمييز. ففى المرحلة الأولى كان الضرر يعتبر من فعل الشئ إذا نجم عن فعل ذاتى للشئ (fait autonome de la chose). ويتحقق ذلك فى أحد فرضين: (١) إذا وقع الضرر من الشئ وهو غير محرك بيد الإنسان. (٢) إذا وقع الضرر من الشئ وهو محرك بيد الإنسان، ولكن الشئ انطوى على عيب ذاتى كان هو السبب فى وقوع الضرر – ولكن هذا المعيار لم يكن مرضياً، فهو يعتبر الضرر من فعل الإنسان، ويقضى بوجوب إثبات الخطأ، فى حالة من أشد الحالات حاجة إلى افتراض الخطأ، وهى حالة ما إذا أحدث سائق السيارة ضرراً وهو يقود السيارة ولم يكن بها عيب ذاتى. فهذه حالة لا تدخل فى الحالتين اللتين يعتبر الضرر فيهما

---

(١) مازو٢ فقرة ١٢١١ – ٩ مكرر ص١٨٠.

(1) يشترط لتحقق مسئولية حارس الأشياء المقررة فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى أن يقع الضرر بفعل الشئ مما يقتضى أن يتدخل الشئ تدخلا إيجابياً فى احداث الضرر فإذا دفع الحارس هذه المسئولية أمام محكمة الموضوع بأن تدخل الشئ لم يكن إلا تدخلا سلبياً وأن الضرر لم يقع إلا بخطأ المتوفى الذى دخل إلى حيث توجد آبار الفضلات، فى مكان يحرم عليه بحكم اللوائح دخوله، بل إن الشارع يؤثم هذا الفعل، فان الحكم المطعون فيه إذا لم يواجه هذا الدفاع الجوهرى ولم يناقشه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٤/٢/٢٠ الطعن ٤٠١ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٢٤٠ ع١)

من فعل الشيء، فيجب فيها اثبات الخطأ في جانب السائق، وهو أمر متعذر في الكثرة الغالبة من الحوادث(١). وقد أخذ القضاء الفرنسي يتذبذب في الأخذ بهذا المعيار وفي تركه. حتى صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية صريح في تركه، وفي اعتبار الضرر من فعل الشيء حتى لو كان هذا الشيء محركاً بيد الإنسان ولم يكن به عيب ذاتي. فسائق السيارة إذا أحدث ضرراً وهو يسوق السيارة يكون مسئولا بمقتضى خطأ مفترض في جانبه، لأن السيارة في حاجة إلى الحراسة لما ينجم عنها من الخطر(٢).

وعلى هذا النحو استبدلت محكمة النقض الفرنسية، في المرحلة الثانية، معياراً بمعيار. وجعلت معيارها الجديد في حكم لها مشهور صدر في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٧(٣)، أن يكون الشيء في ذاته خطراً بحيث يحتاج إلى الحراسة. وهذا المعيار قريب جداً من المعيار الذي أخذ به القانون المصري الجديد، حيث يقول في المادة ١٧٨: «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية...»(٤). وبقي معيار «الشيء الخطر» تتداوله الفقهاء والمحاكم لتأييده أو لتفنيده، وظل الأمر كذلك مدة قصيرة، حتى طلعت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة بحكم مشهور صدر في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠(٥)، قضت فيه على معيار «الشيء الخطر»، فلم ترده في أسباب حكمها، بل ربطت المسئولية

---

(١) على أن هناك أشياء تحركها يد الإنسان. ويبدو أن افتراض الخطأ فيها لا ينبغي أن يقوم، لأنها إنما تتحرك طوعاً لإرادة رجال فنيين إذا أخطأوا وجب اعتبار الخطأ من فعلهم هم لا من فعل هذه الأشياء. مثل ذلك مبضع الجراح وآلات الأشعة.

(٢) وواضح أن أهم الحوادث التي يطبق فيها الخطأ المفترض هي حوادث السيارات.

(٣) داللوز ١٩٢٧ -١-٩٧ مع تعليق ريبير- سيرسه ١٩٢٧ -١-١٣٧ مع تعليق إسمان. وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي: «ومن حيث إن القانون، في تطبيق الافتراض الذي يقرره، لا يميز بين ما إذا كان الشيء محركاً بيد الإنسان، وإنما يكفي أن يكون الشيء خاضعاً لحراسة واجبة، وذلك بسبب ما يمكن أن يعرض له الناس من الأخطار». (... mais attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose était ou non actionnée par la main de l'homme, qu'il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde, en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui).

(٤) ومعيار الشيء الخطر قال به الأستاذ ريبير، ولا يزال يقول به- هذا وينكر الأستاذان مازو أن يكون المعنى الذي قصدت إليه محكمة النقض في حكمها هذا هو معيار الشيء الخطر. فالمحكمة إنما قالت إن المسئولية التي تقوم على خطأ مفترض تتأسس على حاجة الشيء للحراسة لما يعرض الناس له من الخطر. فهي لا تميز بين الشيء الخطر والشيء غير الخطر، بل تفسر حاجة الشيء للحراسة، فترجعها إلى ما يعرض الشيء له الناس من الخطر (مازو ٢ فقرة ١٢٢٩).

(٥) دالوز ١٩٣٠-١-٥٧ مع مذكرة ماتير (Matter) وتعليق ريبير- سيريه ١٩٣٠-١-١٢١ مع تعليق إسمان. وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي: «ومن حيث إن الحكم المطعون فيه قد رفض تطبيق النص المشار إليه (م١٣٨٤ فقرة١) بدعوى أن الحادث الذي تسببه سيارة تتحرك بدفع وبتوجيه من يد الإنسان، لا يكون من فعل الشيء تحت الحراسة وفقا للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى، ما دام لم يثبت مطلقاً أن الحادث يرجع إلى عيب ذاتي في السيارة، ومن ثم يجب على المضرور للحصول على تعويض ما =

القائمة على خطأ مفترض بفكرة الحراسة (à la garde de la chose)، لا بالشيء ذاته خطراً كان أو غير خطر.

فأخذ الفقهاء، في مرحلة ثالثة، يحللون فكرة الحراسة. وذهب الأستاذان مازو إلى التمييز بين الحراسة المادية (garde metérielle) والحراسة القانونية (garde juridique). فالحراسة المادية هي السيطرة الفعلية على الشيء، أما الحراسة القانونية فتوجد حيث يوجد التزام قانوني بالمحافظة على الشيء وبمنعه من أن يكون مصدر ضرر للناس. ومن ثم يكون السارق قد استولى على الحراسة المادية دون الحراسة القانونية، ويستبقي صاحب الشيء المسروق الحراسة القانونية، فيكون، هو دون السارق، المسئول عن الشيء المسروق.

ثم عدل الأستاذان مازو عن هذا الرأي، في المرحلة الرابعة وهي المرحلة الحالية، بعد أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة، في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١(١)، حكماً آخر لا يقل أهمية عن الحكم المتقدم، قالت فيه إن السارق يعتبر حارساً للشيء المسروق، ويكون مسئولاً عما يحدث هذا الشيء من الضرر بناء على خطأ مفترض في جانبه. واعتبر الأستاذان مازو والجمهرة من الفقهاء أن حراسة الشيء، كحراسة الحيوان، هي السيطرة الفعلية على الشيء والقدرة على التصرف في أمره، مشروعة كانت هذه السيطرة أو غير مشروعة. فالسارق يعتبر حارساً للشيء المسروق لأنه يسيطر عليه سيطرة فعلية، وإن كانت سيطرته غير مشروعة. ومالك الشيء إذا كان حائزاً له يعتبر حارساً لأن له السيطرة الفعلية عليه، وهي سيطرة مشروعة. ويرتب الأستاذان مازو على هذا التحليل أن الضرر يعتبر من

= أصابه من الضرر أن يثبت خطأ في جانب السائق. ومن حيث إن القانون، في تطبيق الافتراض الذي يقرره، لا يميز بين ما إذا كان الشيء الذي أحدث الضرر محركا أو غير محرك بيد الإنسان، كما أنه ليس من الضروري أن يكون منطوياً على عيب في طبيعته يكون من شأنه أن يحدث الضرر، فإن المادة ١٣٨٤ تربط المسئولية بحراسة الشيء لا بالشيء ذاته».

"Que l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer le texte susvisé (art. 1384/1.) par le motif que l'accident causé par une automobile en mouvement, sous l'impulison et la direction de l'homme, ne constituait pas, alors qu'aucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture, le fait de la chose que l'on a sous sa garde dans les termes de l'article 1384/1, et que, dès lors, la victime était tenue, pour obtenir réparation du préjudice, d'établir à la charge du conducteur une faute qui lui fût imputable; mais, attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l;homme; qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même".

(١) داللوز ١٩٤٢-١-٢٥ مع تعليق ريبير-١٩٤١- ١ -٢١٧ مع تعليق هنرى مازو.

فعل الشئ إذا كان الشئ قد أحدث الضرر وهو مفلت من زمام حارسه. ذلك أن الحارس ما دام قابضاً على زمام الشئ، فكل ضرر يحدث يعتبر من فعله لا من فعل الشئ، ولا يكون مسئولا فى هذه الحالة إلا إذا ثبت خطأ فى جانبه. أما إذا أفلت الشئ من سيطرة الحارس، وخرج زمامه من يده، وأحدث ضرراً، كان الضرر من فعل الشئ لا من فعل الحارس، ويكون هذا مسئولا بمقتضى خطأ مفترض(١). وعندما يطبق الأستاذان معيارهما الجديد، «إفلت زمام الشئ من سيطرة الحارس»، يذهبان إلى أن الشئ إذا أحدث ضرراً، فالمفروض أن زمامه قد إفلات من يد الحارس وأن الضرر قد حدث بفعل الشئ، ما لم يكن الحارس قد وجه الشئ قصداً إلى إحداث الضرر، فهنا يعتبر الضرر قد حدث بفعل الحارس(٢). ومن ثم فكل ضرر يحدث بتدخل إيجابى من الشئ، ولم يكن مقصوداً من حارسه، يعتبر أنه قد حدث «بفعل الشئ»(٣).

٧٣١ – القانون المدنى الجديد: والقانون المدنى الجديد ربط الخطأ المفترض بحراسة الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة، وفرض أن الآلات الميكانيكية تتطلب حراستها عناية خاصة دائماً.

لذلك لسنا فى حاجة إلى إجهاد النصوص لتحديد الفكرة التى يقوم عليها الخطأ المفترض فى المسئولية عن الأشياء فى القانون الجديد. فهذا الخطأ المفترض يقوم على فكرة «العناية الخاصة» التى تتطلبها حراسة الشئ. ولا يجوز اعتبار أن الضرر قد حدث بفعل الشئ إلا فى حالتين: (الأولى) أن يكون هذا الشئ آلة ميكانيكية تدخلت تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر، أى كانت فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر. (والثانية) أن يكون هذا الشئ ليس آلة ميكانيكية ولكن حراسته تقتضى عناية خاصة. وهذا أقرب ما يكون إلى معيار «الشئ الخطر» كما قدمنا. فإذا كان الشئ فى حراسة شخص، وكانت هذه الحراسة تقتضى عناية خاصة بالنسبة إلى طبيعة هذا الشئ أو بالنسبة إلى ظروفه وملابساته، ثم أحدث الشئ ضرراً، فإنه يفترض أن الحارس قد قصر فى بذل هذه العناية حتى أفلت زمام الشئ من يده، فأحدث الضرر. أما إذا كانت الحراسة لا تقتضى عناية خاصة، فلا يفرض أن الحارس قد قصر فى بذل العناية الواجبة، بل يجب على المضرور أن يقيم الدليل على هذا التقصير.

يبقى بعد ذلك أن نعرف متى تحتاج حراسة الشئ إلى عناية خاصة؟ قدمنا أنه يجب فى ذلك الرجوع إلى طبيعة الشئ، ثم إلى ظروفه وملابساته. ويترتب على ذلك أنه متى كانت طبيعة الشئ تقتضى عناية خاصة قام الخطأ المفترض. على أنه يلاحظ أن الآلات الميكانيكية، كالسيارات والآلات الزراعية والصناعية والقاطرات البخارية والكهربائية

(١) مازو ٢ فقرة ١٢٤٩.
(٢) مازو٢ فقرة ١٢٥٦.
(٣) مازو٢ فقرة ١٢٥٦ ص٢١٨.

والسفن البخارية والأسلحة النارية والمصاعد، يفرض القانون بالنص أن حراستها تحتاج إلى عناية خاصة، نظراً لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتى (dynamisme propre). وليست الآلات الميكانيكية وحدها هى التى تحتاج حراستها إلى عناية خاصة نظراً لطبيعتها. بل توجد أشياء أخرى غير ميكانيكية تقتضى طبيعتها أن تكون فى نفس الوضع. مثل ذلك الأسلحة غير الميكانيكية على اختلاف أنواعها والأسلاك الكهربائية والمواد الكيماوية والأدوية الطبية والزجاج والمصابيح والفؤوس والمناجل والمفرقعات وما إلى ذلك(١).

على أن الشئ قد لا تقتضى حراسته عناية خاص بالنظر إلى طبيعته، ولكن الظروف والملابسات التى وجد فيها تجعل هذه الحراسة فى حاجة إلى عناية خاصة. فعربة الركوب والشجرة والسلم والحبل والرمال والصخر، كل هذه ليست أشياء خطرة بطبيعتها، ولكن قد تصبح خطرة فى ظروف معينة. فعربة الركوب بالنسبة إلى المشاة شئ خطر، وهى ليست كذلك بالنسبة إلى السيارات. والشجرة ليست خطرة ما دامت فى وضعها الطبيعى، فإذا اقتلعتها الريح ورمت بها فى عرض الطريق أصبحت شيئاً خطراً. والسلم يصبح خطراً إذا دهن بمادة لزجة تجعل الانزلاق عليه أمراً محتملا. والحبل قد يصبح خطراً إذا جعل فى وضع بحيث ترتطم به الناس. وهذا هو الشأن فى الرمال إذا انهالت، وفى الصخر إذا انحدر(٢).

ومن ذلك نرى أن الشئ تقتضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بملابساته. وهو يصبح خطراً بملابساته إذا كان فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر، أى إذا تدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر. وهنا يتلاقى القضاء الفرنسى مع نصوص القانون المصرى الجديد(٣).

المطلب الثانى

على أى أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء

٧٣٢ – مسألتان: متى تحققت مسئولية حارس الشئ على النحو الذى قدمناه، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس. فنبين الآن ما هو هذا الخطأ، وإلى أى حد هو مفترض.

(١) وإذا انفجرت مواد ملتهبة فشبت حريق من جراء هذا الانفجار، كان الحارس مسئولا بمقتضى خطأ مفترض. وفى فرنسا لا يكون مسئولا إلا إذا ثبت خطؤه بمقتضى قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢.
(٢) أنظر فى تطبيقات أخرى متنوعة مازو٢ فقرة ١٢٥٨ – فقرة ١٢٧٠.
(٣) ويعترض الأستاذان مازو على مثل هذا الرأى (أنظر مازو٢ فقرة ١٢٣٩). وهما يقولان إن كل شئ قد يصبح خطراً فى ظروف معينة. وهذا صحيح. وهو منذ يصبح خطراً بقيام هذه الظروف تحتاج حراسته إلى عناية خاصة. فإذا أحدث ضرراً غير مقصود، فرض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس. فيرجع الأمر إذن إلى «الخطر النسبى للأشياء بالنسبة إلى الظروف الملابسة»، وما إذا كان الشئ قد جعل فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث ضرراً، فعندئذ تحتاج حراسته إلى عناية خاصة. وهذا هو عين ما يقوله الأستاذان فى شرح القضاء الفرنسى. فهما كما رأينا يرجعان بعد إسهاب طويل إلى فكرة التدخل الإيجابى. وليست هذه الفكرة إلا فكرة الشئ الخطر بالنسبة إلى وضعه وملابساته.

١ – ما هو الخطأ

٧٣٣– خطأ في الحراسة: الخطأ المفترض في جانب حارس الشئ[1]، كالخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان، هو خطأ في الحراسة (**faute dans la garde**). فإذا ألحق الشئ ضرراً بالغير، كان المفروض أن زمام هذا الشئ قد أفلت من يد حارسه، وهذا هو الخطأ.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الخطأ في الحراسة بهذا التفسير هو خطأ أقرب إلى الصنعة منه إلى الحقيقة، فهو خطأ موهوم، اخترعته الصياغة القانونية ليخفى تحته الواقع، إذ المسئول قد أقحم عليه الخطأ إقحاماً، وفرض عليه فرضاً لا يستطيع التملص منه. والأولى أن يقال إن المسئولية هنا قد فرضها القانون، وأقامها على أساس من تحمل التبعة. ذلك أن المسئول هو الذى ألقى إلى المجتمع بشئ يصح أن يكون مصدراً للضرر، وانتفع به، فإذا ما وقع الضرر فعلا وجب أن يتحمل تبعته[١]. والرد على نظرية تحمل التبعة هنا هو عين الرد على هذه النظرية في المسئولية عن الحيوان. فلا يمكن القول إن أساس المسئولية عن الشئ هو تحمل التبعة، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالشئ لا الحارس، ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبي.

٧٣٤– ما الذى يثبته المضرور: والمضرور لا يكلف إثبات الخطأ لأنه مفترض، ولكنه يكلف إثبات الشروط التى تتحقق بها مسئولية حارس الأشياء. فيجب عليه أن يثبت أولا أن المدعى عليه هو حارس الشئ الذى أحدث الضرر، والمفروض هنا أن الحارس هو المالك، إلى أن يثبت المالك أن حراسة الشئ قد خرجت من يده إلى يد شخص آخر وقت وقوع الضرر، وعندئذ يكون هذا الشخص هو المسئول. ويجب على المضرور أيضاً أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل شئ تقتضى حراسته عناية خاصة أو بفعل آلة ميكانيكية، والمفروض كما قدمنا أن الشئ قد تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر، إلى أن يقيم الحارس الدليل على أن التدخل لم يكن إلا سلبياً.

---

(١) أنظر في هذا المعنى جوسران٢ فقرة ٥٥٣.

(1) المسئولية المقررة في المادة ١٧٨ من القانون المدنى تقوم على اساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ افتراضا لا يقبل اثبات العكس، ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.
(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الطعن ١٠٧٢ لسنة ٤٥ق)
(جلسة ١٩٧٨/٢/٩ الطعن ٢٧١ لسنة ٤٥ق)
(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ الطعن ٤ لسنة ٤٤ق)
(جلسة ١٩٩١/٥/١٥ الطعن ٣١٣٣ لسنة ٦٠ق)
(جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧ الطعن ١١٤٥ لسنة ٥٩ق السنة ٤٥ ص٤٣٨ ع١)
(جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٧ الطعن ٣٤١٠ لسنة ٦٩ق)

٢ – إلى أى حد هو مفترض

٧٣٥– الافتراض لا يقبل إثبات العكس: الخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، كالخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان.

فلا يجوز إذن للحارس أن ينفى الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يفلت زمام الشئ من يده. وقد كان القضاء الفرنسى في أول مراحل تدرجه يجعل الخطأ مفترضاً افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، ويجيز للحارس أن ينفى الخطأ، ثم تدرج إلى جعل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس، فلم يعد الحارس يستطيع أن ينفى الخطأ عن نفسه[١](1).

وقد كانت هذه المسألة هي الميدان الذى هاجم فيه أنصار نظرية تحمل التبعة نظرية الخطأ المفترض. فقد اعترضوا كما رأينا على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، وقالوا إن الخطأ إذا افترض وجب أن يكون الافتراض قابلا لإثبات العكس. ذلك أن الحارس إذا استطاع أن يقيم الدليل على أنه لم يرتكب خطأ، فإلصاق الخطأ به بالرغم من ذلك ليس إلا تحايلاً لإقامة المسئولية على أساس خطأ وهمى لا وجود له بعد أن أقام الدليل على نفيه. وهذا ما دعا محكمة النقض الفرنسية إلى أن تتحدث، في حكمها الذى أصدرته في دوائرها المجتمعة في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠، عن «افتراض المسئولية» (**présomption de responsabilité**)، لا عن «افتراض الخطأ **presomption de faute**». ويرد الأستاذان مازو على هذا الاعتراض بأن الخطأ الذى قامت عليه مسئولية حارس الشئ هو خطأ في الحراسة. والأصل في ذلك أن كل حارس يلتزم قانوناً بألا يجعل زمام الشئ يفلت من يده حتى لا يصاب أحد بضرر. وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية (**obligation de résultat**)، لا التزام ببذل عناية (**obligation de moyen**). فإذا أفلت زمام الشئ من يد حارسه، فقد وقع الخطأ، ولا سبيل بعد ذلك إلى نفيه بإثبات العكس[٢].

---

(١) أنظر تفصيل ذلك في مازو٢ فقرة ١٢٩٧.

(٢) أنظر مازو ٢ فقرة ١٣١٥ وفقرة ١٣١٨ وفقرة ١٣٢٠ وفقرة ١٣٢٦ وفقرة ١٣٢٧ – ويلاحظ أن القضاء الفرنسى عندما تكلم عن افتراض المسئولية، جعل المفروض هو علاقة السببية لا الخطأ، حتى لا يصطدم بالمادة ١٣٥٢ من القانون المدنى الفرنسى، والسببية هنا مفترضة افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، وهى تنتفى بإثبات السبب الأجنبى.

(1) ترتفع مسئولية الحارس إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، ولا يعتبر الفعل سببا أجنبياً إلا إذا كان خارجا عن الشئ فلا يتصل بتكوينه ولا يمكن توقعه أو دفعه أو درء نتائجه ويؤدى مباشرة إلى وقوع الحادث لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر انفجار الاطار من الأمور المألوفة التى يمكن توقعها والتحرز من حدوثها فلا يعد قوة قاهرة وهو نظر سائغ خلصت إليه محكمة الموضوع.
(جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦ الطعن ٧٥٩ لسنة ٥٥ق)
(جلسة ١٩٩١/٢/٢٧ الطعن ١٠٣٦ لسنة ٦٠ق)

ونقرر هنا ما قررناه في المسئولية عن الحيوان من أن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضرور. وقد قدمنا أن المضرور هو الذى ينتفع بهذا الافتراض ولا يضار به، فلا يجوز أن يحتج به عليه. كذلك لا يقوم افتراض الخطأ إذا أحدث الشئ الضرر لذاته(١).

وقد تجتمع مسئولية حارس الشئ مع مسئولية المتبوع في شخص واحد. فإذا كان مالك الشئ قد دفعه إلى تابعه واحتفظ بالحراسة، وألحق الشئ ضرراً بالغير، فإن المالك هنا يكون مسئولاً بأحد اعتبارين: إما باعتباره حارساً فيكون الخطأ مفترضاً في جانبه، وإما باعتباره متبوعاً فيجب إثبات الخطأ في جانب التابع حتى يقوم الخطأ المفترض في جانب المتبوع. والخطأ المفترض لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين الحارس والمضرور. فأمين النقل وهو مسئول بالعقد عن سلامة الراكب، والطبيب وهو ملتزم بالعقد أن يبذل العناية الواجبة في علاج المريض، لا يكونان مسئولين مسئولية تقصيرية بمقتضى خطأ مفترض، بل هما مسئولان بمقتضى العقد مسئولية عقدية، وقد مر بيان ذلك. وإذا قام عقد بيع التابع والمتبوع يرتب التزاماً على المتبوع بضمان سلامة التابع، وأصاب شئ في حراسة المتبوع التابع بالضرر، كانت مسئولية المتبوع مسئولية عقدية، لا مسئولية تقصيرية. فإن كان العقد لا يرتب التزاماً بضمان سلامة التابع، أو إذا لم يوجد عقد أصلا بين التابع والمتبوع، كان المتبوع مسئولا مسئولية تقصيرية تقوم على خطأ مفترض.

وحارس الشئ كحارس الحيوان لا يجوز أن يكون عديم التمييز، لأن مسئوليته تقوم على الخطأ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه.

٧٣٦– جواز نفي المسئولية بنفي علاقة السببية: ولما كان حارس الشئ لا يستطيع أن يدفع المسئولية عن نفسه بنفي الخطأ على النحو الذى بيناه، لم يبق أمامه لدفع المسئولية إلا أن ينفي علاقة السببية بين فعل الشئ والضرر الذى وقع. وهو لا يستطيع نفي علاقة السببية هذه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي: قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المصاب أو خطأ الغير(1). وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٨ إذ تقول: «... ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه». ثم ينتهي النص بهذه العبارة: «هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة». ومن أهم هذه الأحكام الخاصة ما سبق أن ذكرناه من مسئولية رب العمل عن حوادث العمل، فهي مسئولية لا تقوم على خطأ مفترض، بل تقوم على أساس تحمل التبعة.

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٢٧٢–٢.

(1) مناط المسئولية الشيئية قبل حارس الشئ سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا له السيطرة الفعلية على الشئ لحساب نفسه قصدا واستقلالا وفقا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدني هو ثبوت فعل الشئ وإحداثه الضرر فإذا ثبت ذلك أضحى الخطأ مفترضاً في حقه بحيث لا يدرؤه عنه إلا أن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الغير أو خطأ المضرور، ويشترط في خطأ المضرور إذا كان هو الدعامة التي يستند إليها الحارس للقول بانقطاع رابطة السببية بين فعل الشئ والضرر الذى وقع أن يصدر عن المضرور رأى فعل من شأنه أن يحدث الضرر به وأن يكون هو السبب المباشر له وهو ما يعني انقطاع رابطة السببية إذا كان تدخل الشئ في حدوث الضرر سلبيا محضا حتى ولو كان خطأ المضرور ممكن التوقع أو ممكن تجنب آثاره.
(جلسة ١٩٩٤/٦/١٥ الطعن ٩٢ لسنة ٦٣ق السنة ٤٥ ص١٠١٣ ع٢)

الباب الثالث

الاثراء بلا سبب

(L'Enrichissement sans cause)

تمهيد

٧٣٧- الاثراء بلا سبب هو مصدر قديم من مصادر الالتزام: كل من أثرى على حساب الغير دون سبب قانونى يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثرى به فى حدود ما لحق الغير من خسارة. فإذا استولى شخص على ملك غيره، دون أن يكون لهذا الاستيلاء سبب قانونى، وأضافة إلى ملكه ولو بنية حسنة، يكون قد أثرى دون سبب قانونى على حساب الغير، فيلتزم برد أدنى القيمتين: ما أثرى به وما افتقر به الغير.

وقاعدة الإثراء بلا سبب على هذا النحو الذى بيناه تعتبر من أولى قواعد القانون. تمتد جذورها فتتصل مباشرة بقواعد العدالة والقانون الطبيعى. وهى فى غير حاجة إلى تبرير، إذ تحمل فى طياتها ما يبررها. بل لعلها أول مصدر ظهر للالتزام فى فجر التاريخ، وهذا مبلغ حظها من البداهة القانونية. وهى على كل حال مصدر للالتزام عاصر مصدر العمل غير المشروع، وهذا هو من المصادر الأولى التى عرفها القانون(١).

٧٣٨- على أن قاعدة الاثراء بلا سبب، إذا كانت قد عرفت منذ القديم، فهى لم تعرف إلا على نحو غير متصل الأجزاء: عرفها القانون الرومانى لا كمبدأ عام تستخلص منه تطبيقاته المتنوعة، بل كجزئيات متناثرة وفروض متفرقة تستقصى فى حالات محددة، دون أن يجمعها أصل مشترك أو تنتظمها قاعدة عامة.

وكان حظ القاعدة فى العصور الوسطى، سواء فى القانون الفرنسى القديم أو فى الفقه الإسلامى أو فى القانون الإنجليزى، حظاً ضئيلاً لا يدانى حتى هذا المجال المحدود الذى ظفرت به فى القانون الرومانى.

وتلقاها القانون الحديث تراثاً مبعثراً مشتت الأجزاء، فبقيت مختلطة بغيرها من مصادر الالتزام دون أن تظفر بقوام ذاتى وكيان مستقل(٢)، حتى عهد قريب، إذ تناولها القضاء فى فرنسا وفى مصر، وتناولتها التقنينات الحديثة، فارتسمت لها حدود معروفة المعالم واضحة المدى. وكسبت القاعدة ذاتيتها، وقامت مصدراً مستقلا إلى جانب غيرها من مصادر الالتزام.

وسجل القانون المصرى الجديد أقصى مرحلة وصلت إليها القاعدة فى مراحل تدرجها.

ومن ثم يعنينا أن نتابع القاعدة فى تطورها التاريخى.

---

(١) جيرار (Girard) موجز القانون الرومانى باريس سنة ١٩٢٤ ص٦٤٢ وما بعدها.
(٢) يشبهها الأستاذ ريبير (Ripert) فى كتابه « القاعدة الأدبية فقرة ١٣٣» بجدول من الماء يجرى تحت الأرض، فينبت من القواعد القانونية المحددة ما يشهد بوجوده، ولكن الجدول لا يظهر فوق الأرض أبداً.
(١) أنظر سافينى (Savigny) فى القانون الرومانى (ترجمة جينو ١٨٥١ - ١٨٥٥) ص٥١٣ -

القانون الروماني:

٧٣٩– طائفتان من الدعاوى: عرف القانون الروماني طائفتين من الدعاوى تقومان على قاعدة الإثراء بلا سبب: دعاوى الاسترداد لما دفع دون سبب (condictiones sine cause) ودعاوى الإثراء بلا سبب (action de in rem verso). ولكن كلا من هاتين الطائفتين من الدعاوى لم تكن تباح إلا في حالات معينة حددت على سبيل الحصر. ولم يصل القانون الروماني إلى وضع قاعدة عامة تشتمل على جميع الأحوال التي يجوز أن يتناولها الإثراء دون سبب. ونستعرض هاتين الطائفتين من الدعاوى.

٧٤٠– دعاوى استرداد ما دفع دون سبب: وهذه تشتمل على الدعاوى الآتية:

١– دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير دون حق وهو يظن أن هذا الغير دائن له، وتسمى (condictio indebiti).

٢– دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لسبب مشروع لم يتحقق وتسمى (condictio, cause date, cause non secutar).

٣– دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لمنعه من القيام بعمل غير مشروع (كمنعه من ارتكاب جريمة)، أو لدفعه إلى تلافي ما قام به من عمل غير مشروع (كدفعه إلى رد ما سرقه). وهذه الدعوى تسمى (condictio ob turpem causam). فإذا كان السبب غير المشروع قائماً عند كل من المتعاقدين، كما إذا تعاقد شخص مع آخر لدفعه إلى ارتكاب جريمة أو عمل من أعمال العهارة أو المقامرة، امتنع الاسترداد.

٤– دعوى يسترد بها المفتقر من المثرى ما افتقر به على خلاف أحكام القانون، كالمدين يسترد من دائنه ما دفعه من فوائد غير قانونية أو من دين عقده تحت سلطان الإكراه. وهذه الدعوى تسمى (condictio ob injustum causam).

٥– دعوى يسترد بها الشخص من الغير ما دفعه له في أحوال معينة، إذا كان السبب غير موجود أو كان لم يتحقق أو كان قد انقطع بعد أن تحقق. وهذه الدعوى تسمى (condictio sine causa) بمعناها الضيق. ولكنها لم تكن تباح إلا في أحوال محددة على سبيل الحصر، فلم تمتد إلى جميع الأحوال لتصبح قاعدة عامة. من ذلك أن المفتقر لم يكن له من سبيل إلى الاسترداد في بعض الحالات، كالمصروفات ينفقها الحائز لأرض الغير وهو حسن النية، وكالأرض يفقدها مالكها بتحول مجرى النهر.

ويلاحظ في شأن دعاوى الاسترداد هذه أمور ثلاثة:

(الأمر الأول) أن ظهور هذه الدعاوى في القانون الروماني كان نتيجة للشكلية (formalisme) والتجرد (abstraction) اللذين انطوى عليهما التعامل في هذا القانون.

فقد كان العقد يعتبر صحيحاً دون اعتبار لسببه، حتى لو كان هذا السبب غير موجود أو كان غير مشروع، ما دام العقد قد استوفى الشكل المفروض. وكانت الملكية تنتقل طبقاً للأوضاع المرسومة حتى لو كان سبب نقلها غير موجود أو غير مشروع. ومن ثم وجدت دعاوى الاسترداد هذه فيما لو نفذ العقد وكان سببه غير موجود أو غير مشروع فيسترد المدين ما دفع، وفيما لو انتقلت الملكية لسبب غير موجود أو غير مشروع فيسترد المالك ملكه. وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في نظرية السبب.

(الأمر الثاني) أن كل هذه الدعاوى تتصل بعقد قائم ما بين المثرى والمفتقر (negotium contractus) إذ هي في أصلها مشتقة من دعوى الاسترداد في عقد القرض (mutuum)[1]، فمن أجل ذلك وجب أن تتصل بعقد. ومن ثم لم يكن هناك سبيل للحائز أن يسترد مصروفاته إذ هو لم يرتبط بعقد مع مالك الأرض.

(الأمر الثالث) أن الإثراء في هذه الدعاوى يجب أن يكون قد انتقل مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى دون وساطة أجنبي. فإذا تحقق الإثراء عن طريق هذه الوساطة، وأثرى شخص من وراء عقد لم يكن طرفاً فيه، فإن الإثراء هنا يكون محلا للطائفة الأخرى من الدعاوى وهي دعاوى الإثراء بلا سبب.

٧٤١– دعاوى الاثراء بلا سبب: وهذه بدأت في دائرة محدودة هي دائرة التعاقد الذي يتم ما بين شخص وآخر، يكون تحت السلطة الأبوية ولداً، أو تحت سلطة السيد عبداً. فإذا أثرى الأب أو السيد من وراء هذا التعاقد دون أن يكون هو طرفاً فيه. جاز الرجوع عليه بقدر ما أثرى في حدود افتقار من تعاقد مع الولد أو العبد.

ثم اتسعت دائرة هذه الدعاوى، فشملت التعاقد ما بين شخصين لا يخضع أحد منهما لسلطة ما. فإذا أثرى شخص ثالث من وراء هذا التعاقد جاز الرجوع عليه بدعوى الإثراء، كشريك تعاقد مع الغير فعاد التعاقد بنفع على الشركة. ولكن ظلت الحالات التي تباح فيها هذه الدعوى هي أيضاً محددة، ولم توضع قاعدة عامة تشمل جميع حالات الإثراء بلا سبب.

القانون الفرنسي القديم:

٧٤٢– دعاوى استرداد ما دفع دون سبب: لم يعترف هذا القانون بقاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة عامة شاملة التطبيق، وقصر المبدأ على حالات معينة انتقلت إليه من القانون الروماني. وأظهر هذه التطبيقات هي دعاوى استرداد ما دفع دون حق (condictiones sine causa)[2].

ص٦١٧– قارن جيرار موجز القانون الروماني باريس سنة ١٩٢٤ ص٦٢٥ وما بعدها.
(٢) أنظر دوما (Domat) (القوانين المدنية ١ الكتاب الثاني الباب السابع الفصل الأول فقرة ١٠).
(١) أنظر بوتييه (Pothier) في باب الوكالة فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٩.

وقد وقـع تطور هـام في شأن هذه الدعاوى منذ ظهرت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم. فقد ترتب على اعتبار السبب ركناً في العقد أن فقدت دعاوى استرداد ما دفع دون حق الشئ الكثير من أهميتها. إذ كانت في القانون الروماني – وعنده العقود شكلية مجردة كما سبق القول – ذريعة لتلافي النتائج التي تترتب على هذه الشكلية وهذا التجريد، فكان المتعاقد يسترد بها ما دفعه دون سبب أو لسبب غير مشروع. أما بعد أن اعترف القانون الفرنسي القديم بالسبب ركناً في العقد، فقد أصبح العقد الذي لا سبب له أو الذي يكون سببه غير مشروع عقداً باطلاً، فلم تعد هناك حاجة لدعاوى الاسترداد إلا في الحالات القليلة التي ينفذ فيها العقد رغم بطلانه، أو في الحالات التي يفسخ فيها العقد بعد تنفيذه.

٧٤٣– دعاوى الإثراء بلا سبب: وبقيت دعاوى الإثراء بلا سبب (actio de in rem verso) تباح في بعض حالات الإثراء. ولكنها ما لبثت أن اختلطت بدعوى الفضالة. وعالج بوتييه الأولى باعتبارها فرعاً عن الثانية. فذكر أنه إذا تولى شخص شؤون غيره، معتقداً أنه يدبر شؤون نفسه، أو فعل ذلك رغم إرادة رب العمل، اختل ركن من أركان الفضالة، فلا تطبق أحكامها كاملة، وتطبق أحكام فضالة ناقصة (gestion d'affaires anormale) يقتصر فيها الفضولي على استرداد ما أنفق في حدود ما أثرى به رب العمل يوم رفع الدعوى(١).

الفقه الإسلامي(٢):

٧٤٤– لا يعترف الفقه الإسلامي بالإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام إلا في حدود هي أضيق بكثير من المدى الذي وصل إليه القانون الروماني والقوانين اللاتينية والجرمانية التي اشتقت منه.

وأوسع ما يعترف به الفقه الإسلامي في ذلك هو دفع غير المستحق. والظاهر من نصوص الشريعة الإسلامية أنها تجعله مصدراً للالتزام. فلو أن شخصاً ظن أن عليه ديناً، فبان خلافه رجع بما أدى(٣).

ولا يعترف الفقه الإسلامي بعمل الفضولي مصدراً للالتزام، ويعتبر الفضولي متبرعاً لا يرجع بشئ على رب العمل(٤).

---

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧ ص٦٩ – ص٧١.

(٣) الأشباه والنظائر جزء أول ص١٩٤. وفي شرحه غمز عيون البصائر من دفع شيئاً ليس واجباً عليه استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة. أنظر أيضاً في هذا المعنى م٢٠٢ وم٢٠٧ من كتاب مرشد الحيران.

(٤) يؤيد هذا ما ورد في مجمع الضمانات من النصوص الآتية: عمر دار امرأته لها بلا إذنها قال ... العمارة كلها لها ولا شئ عليها من النفقة فإنه متبرع، وعلى هذا التفصيل عمارة كرم امرأته و... أملاكها (ص٤٥٣) – المديون إذا أنفق على ولد رب الدين أو امرأته بغير أمره لا يبرأ من الدين ول...

أما الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة فلا يعترف به الفقه الإسلامي. على أنه توجد حالات معينة يكون فيها الإثراء بلا سبب في هذا الفقه ملزماً للمثرى على حساب الغير. ويكون ذلك عادة إذا كان الشخص الذي افتقر لم يكن له بد من ذلك، كما لو بنى صاحب العلو السفل بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم، فلا يكون متبرعاً ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفل لأنه مضطر إلى البناء إذ لو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفل على بناء سفله لعدم تعديه(١).

ومن ثم نرى أن الإثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام في الفقه الإسلامي إلا في حالات قليلة.

القانون الإنجليزي(٢):

٧٤٥– وإذا كان باب الإثراء بلا سبب ضيقاً في الفقه الإسلامي فهو لا يزيد اتساعاً في القانون الإنجليزي. وفي هذا يتقارب الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي، ويبعدان معاً عن القانون الروماني.

وأوسع ما يعترف به القانون الإنجليزي هو دفع غير المستحق، شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي. فمن دفع مبلغاً من النقود إلى غير دائن، معتقداً بحسن نية أنه يدفع للدائن، يسترد في القانون الإنجليزي ما دفعه بشرط أن يكون الغلط في الواقع لا في القانون(٣).

وليس للفضولي في القانون الإنجليزي الحق في استرداد ما أنفقه من المصروفات إلا في حالات محددة، منها حالة إنقاذ سفينة من الغرق وحالة الدائن المرتهن فيما يتحمله من النفقة لحفظ العين المرهونة(٤).

أما مبدأ الإثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الإنجليزي إلا في حالات خاصة(٥).

= يرجع بما أنفق على من أنفق عليه (ص٤٤٩) – لو قضى دين غيره بغير أمره جاز، فلو انتقض ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضي لأنه تطوع بقضاء الدين، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين، وعليه للقاضي مثلها (ص٤٤٨ – ص٤٤٩).

(١) وفي جامع الفصولين زرع بينهما فغاب أحدهما وأنفق الآخر يكون متبرعاً بخلاف ذي العلو مع أن كلا لا يصل إلى حقه إلا بالإنفاق. والفرق أن الأول مضطر لأن شريكه لو كان حاضراً يجبره القاضي على الإنفاق ولو غائباً يأمر القاضي الحاضر به ليرجع على الآخر، فلما زال الاضطرار كان متبرعاً، أما ذو العلو فمضطر في بناء السفل إذ القاضي لا يجبر صاحبه لو حاضراً فلا يأمر غيره لو غائباً، والمضطر ليس بمتبرع (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص٧٠٥).

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦١ ص٦١ – ص٦٢.

(٣) أنظر كينر (Keener) في شبه العقد ص٨٥ وما بعدها وص١٣٩ وما بعدها.

(٤) أنظر جنكس (Jenks) م٧٢٠.

(٥) نذكر منها ما يأتي: ١– إذا دفعت شركة التأمين مبلغ الخسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن بالتعويض الذي أخذه من الغير عن هذه الخسارة ٢– إذا استولى أحد الشركاء في الشيوع على أكثر من نصيبه في غلة العين الشائعة التزم برد هذه الزيادة ٣– إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما =

القانون الفرنسى الحديث:

٧٤٦- المرحلة الأولى (إنكار المبدأ العام): لم يحتو قانون نابليون نصاً يشتمل على قاعدة عامة للإثراء بلا سبب بل اقتصر هذا القانون على حالات متفرقة تناثرت هنا وهناك أبرزها الفضالة، ودفع غير المستحق، والمصروفات الضرورية والنافعة، والبناء والغراس فى أرض الغير.

ولما كان عهد الشراح على المتون (L'Ecole de l'Exegése) هو الذى تلقى التقنين الفرنسى فى أول مراحله، وكان هؤلاء الشراح يلتزمون النصوص التشريعية ولا ينحرفون عنها، فقد ترتب على انعدام نص يقرر القاعدة العامة أن مبدأ الإثراء بلا سبب أنكر وجوده إنكاراً تاماً فى هذه المرحلة الأولى. واقتصر الفقه والقضاء فى فرنسا على تطبيق هذه النصوص المتفرقة فى حالاتها الخاصة، دون أن يصلا فيما بينها.

٧٤٧- المرحلة الثانية (الفضالة الناقصة): تم دخل القانون الفرنسى فى مرحلة ثانية اعترف فيها القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب، ولكن على أنها فرع عن الفضالة الواردة فى النصوص التشريعية، ضرب من الفضالة الناقصة على النحو الذى قال به بوتييه فيما قدمناه. وبدأت محكمة النقض الفرنسية تقضى بقياس الإثراء بلا سبب على الفضالة، وتعتبر أن الإثراء بلا سبب فضالة اختل ركن من أركانها، وبخاصة ركن القصد فى تولى شؤون الغير[1].

٧٤٨- المرحلة الثالثة (الاعتراف بالمبدأ العام منطويا على قيدين): ودخل القانون الفرنسى بعد ذلك فى مرحلته الثالثة متأثراً بعاملين. العامل الأول زوال سلطان مدرسة الشرح على المتون، وقد تحرر الفقه والقضاء من ربقة النصوص التشريعية، وأمكن أن تصاغ المبادئ العامة دون حاجة لأن تستند إلى نصوص. والعامل الثانى أن نظرية الفضالة الناقصة ما لبثت أن ضاقت عن تطبيقات متنوعة لمبدأ الإثراء بلا سبب، ولم يكن من الممكن إدخال هذه التطبيقات فى حظيرة الفضالة ولو باعتبارها فضالة ناقصة. فكان لابد إذن من الاعتراف بقاعدة الإثراء بلا سبب مبدأ قائماً بذاته، مستقلا عن الفضالة كاملة كانت أو ناقصة.

= عليه من التزام فللآخر أن يفسخ العقد وأن يسترد النقود التى دفعها للطرف الأول أو أن يطلب تعويضاً عما قام به من الأعمال تنفيذاً للعقد. يراجع فى هذه الحالات جنكس (Jenks) م٧٠٧ وما بعدها.

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ يونية سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢-١-٤٧١. وقد تلى هذا الحكم حكمان آخران طبقا هما أيضاً دعوى الفضالة فى حالات الإثراء بلا سبب: محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يولية سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣-١-٤٥٧، وفى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨-١-٢٠٤. وآخر حكم طبقت فيه محكمة النقض الفرنسية نظرية الفضالة الناقصة صدر فى ١٦ يولية سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١-١-٤٩ مع تعليق لبلانيول. وانظر فى الفقه الفرنسى ديمولومب ٣١ فقرة ٤٩ - لوران ٢٠ فقرة ٣٣٧ - لارو مبيير ٥ ص٦٠١.

وقاد هذه المرحلة الفقيهان المعروفان أوبرى ورو فى كتابهما المشهور، فاعتبرا أن قاعدة راء بلا سبب تقوم بذاتها مبدأ مستقلا عن الفضالة كمصدر للالتزام مبنى على قواعد الة. وما ورد فى نصوص تشريعية فى القانون الفرنسى ليس إلا تطبيقات متنوعة لهذا المبدأ تذكر على سبيل الحصر[1]. وما لبثت محكمة النقض الفرنسية فى سنة ١٨٩٢ أن سارت الفقيهين العظيمين وقضت بقولهما[2].

ويلاحظ فى هذه المرحلة الثالثة أن قاعدة الإثراء بلا سبب، إذا كانت قد استقرت قاعدة تقلة عن الفضالة، فإنها قد غلت بقيدين. أولهما أن دعوى الإثراء إنما هى دعوى اطية (action subsidiaire) لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا أعوزت السبل القانونية خرى. بهذا قال الفقيهان أوبرى ورو، وتبعهما فى ذلك الفقه والقضاء فى فرنسا. والقيد نى أن الإثراء يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى. ورد ذلك صراحة فيما قاله ى ورو، وسبقهما إليه بوتييه فيما نقلناه عنه، وتبعهم فى ذلك الفقه والقضاء الفرنسيان ى اليوم.

ولا يزال القانون الفرنسى يعالج الدخول فى مرحلة رابعة يتخلص فيها من هذين يدين، ويحرر القاعدة من جميع القيود التى تعطل من إطلاقها وشمولها.

أنظر أوبرى ورو (Aubry et Rau) الطبعة الرابعة الجزء السادس ص٢٤٦ - ص٢٤٧. وقد أحاط الفقيهان المبدأ، بعد أن أكدا استقلاله، بقيدين وردا فيما ننقله هنا من عبارات الفقيهين ذاتها:

"... il n'est permis de s'enrichir aux dépens d'autrui dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle- ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dú, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit, ... on doit ... s'attacher non au moment où l'obligation de restitution a pris naissance, mais à celui de l'introduction de l'action de in rem verso ...".

) محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونية سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢-١-٥٩٦. وانتهت هذه المحكمة، فى حكمين مشهورين لها (فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨-١-١١ وفى ٢ مارس سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠-١-١٠٢) بأن استعارت بعض الألفاظ التى استعملها الفقيهان أوبرى ورو. فقالت فى حكمها الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (سيريه ١٩١٨ -١-٢١١) ما يأتى:

"Attendu que l'action de in rem verso, fondée sur le principe d'équitee qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne, se trouvant, sans cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est, dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasidelit."

ثم تعاقبت بعد ذلك أحكام محكمة النقض الفرنسية فى هذا المعنى.

القانون المصرى:

٧٤٩- التقنين المصرى القديم: لم يرد فى التقنين المدنى القديم نص يقرر القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب. ولكن ورد نص غامض، حائر بين الإثراء بلا سبب والفضالة، هو نص المادتين ٢٠٥/١٤٤ وقد جرى بما يأتى: «من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة». وورد إلى جانب هذا النص نصوص أخرى متفرقة فى دفع غير المستحق وفى المصروفات الضرورية والنافعة وفى البناء والغراس فى أرض الغير وفى غير ذلك من تطبيقات خاصة لقاعدة الإثراء بلا سبب.

ويبدو أن المشرع المصرى فى التقنين القديم تأثر بما كان العمل يجرى عليه فى القانون الفرنسى وقت صدور التقنين المصرى. فقد صدر التقنين المختلط فى سنة ١٨٧٥ والتقنين الأهلى فى سنة ١٨٨٣. وهذا هو الوقت الذى كان القانون الفرنسى يجتاز فيه مرحلته الثانية، وكان يخلط فى هذه المرحلة بين الفضالة والإثراء بلا سبب كما رأينا. والنص المصرى يحمل أثر هذا الخلط واضحاً. فهو فى صدره يتحدث عن أركان الفضالة، وفى عجزه يبين أحكام الإثراء بلا سبب، فيخلط بين الإثنين خلطاً كان سبباً فى اضطراب الفقه والقضاء فى مصر مدة غير قصيرة.

ويجتاز القضاء المصرى مرحلة أولى لا يميز فيها بين الفضالة والإثراء بلا سبب، فيتكلم عن واحدة وهو يقصد الأخرى[(١)].

ثم يدخل مرحلة ثانية يميز فيها بين القاعدتين، ويبرز قاعدة الإثراء بلا سبب مستقلة عن قاعدة الفضالة، لها قوام ذاتى وكيان مستقل، وهو يقتفى فى ذلك أثر القانون الفرنسى فى مرحلته الثالثة على الوجه الذى أسلفناه. وتبدأ هذه المرحلة بحكم تصدره محكمة الاستئناف المختلطة فى سنة ١٨٩٩[(٢)] أى بعد دخول القانون الفرنسى فى مرحلته الثالثة

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ بوريللى م٢٠٥ رقم ١ - حكماً ثانياً فى ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية المختلطة ١٣ ص٢٢٤ (راجع ملاحظات على هذا الحكم فى رسالة الدكتور (Maravent) المنشورة فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير - فبراير ص٣٠) - حكماً ثالثاً فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م٥ ص٨٥ (أنظر أيضاً فى هذا الحكم رسالة الدكتور Maravent ص٣١ - ص٣٢) - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٤ الحقوق ١٨ ص١٠٩ - وحكماً ثانياً فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٣٠ ص٢٨١ [illegible]

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ مارس ١٨٩٩ م١١ ص١٦٢. وسبق هذا الحكم حكم [illegible] المحكمة ذاتها فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ (م٧ ص١٢٢) رسم خصائص دعوى الإثراء بلا سبب [illegible] وردها إلى سندها القانونى الصحيح، أى إلى قواعد العدالة، ولكن المحكمة سرعان ما عدلت عن [illegible] الموقف فى حكمها الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ وهو الحكم المشار إليه، وسنرى بيان ذلك [illegible]

قت قصير[(١)]. ولكن القضاء المصرى، فى هذه المرحلة الثانية، يبقى حائراً أمام النص غامض المضطرب بين الفضالة والإثراء بلا سبب (م٢٠٥/١٤٤). وتفسر محكمة الاستئناف ختلط النص على أنه يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب، وتكل أحكام الفضالة إلى اعد العدالة والقانون الطبيعى[(٢)].

وفى المرحلة الثالثة، وتبدأ بحكم تصدره محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى سنة ١٩١، لا تقتصر هذه المحكمة على التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب، بل هى ترد كل اعدة إلى سندها القانونى الصحيح، فتقصر نص المادتين ٢٠٥/١٤٤ على الفضالة، ستمد مبدأ الإثراء بلا سبب من قواعد العدالة والقانون الطبيعى، فتصحح بذلك وضعاً بدأ لوباً[(٣)].

ويبقى الفقه والقضاء فى مصر، طوال هذه المرحلة الثالثة فى ظل التقنين القديم، ميزان بين القاعدتين ويردان كل قاعدة إلى أصلها. ولكنهما يبقيان كذلك، متأثرين دائماً القانون الفرنسى، يقيدان من قاعدة الإثراء بلا سبب، فيقولان مع الفقه والقضاء فى فرنسا إن عوى الإثراء دعوى احتياطية وإن الإثراء يجب أن يبقى قائماً وقت رفع الدعوى[(٤)]، وإن كان جانب من الفقه نفى عن دعوى الإثراء الصفة الاحتياطية كما سنرى.

وكان لابد من أن يصدر التقنين المدنى الجديد حتى يدخل القانون المصرى فى مرحلته الرابعة التى يتحرر فيها قاعدة الإثراء بلا سبب من هذين القيدين الأخيرين

(١) وقد رأينا أن القانون الفرنسى دخل فى مرحلته الثالثة منذ سنة ١٨٩٢.

(٢) وقد صدر بعد هذا الحكم أحكام كثيرة من محكمة الاستئناف المختلطة تطبق صراحة مبدأ الإثراء بلا سبب: محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٥٣ - حكماً ثانياً فى ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١٥٧ - حكماً ثالثاً فى ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٢٠١ - حكماً رابعاً فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص١٩٢ - حكماً خامساً فى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م٢١ ص١٣٩ - حكماً سادساً فى ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١٣٣ - حكماً سابعاً فى ٢٢ يونية سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٤١ - حكماً ثامناً فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص٥٣ - حكماً تاسعاً فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٣١٥.

(٣) أنظر محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص٩٠. وقد اضطرت هذه المحكمة بعد أن ردت الفضالة إلى المادة ٢٠٥ من القانون المدنى المختلط أن تعدل من أحكام هذا النص فى تحديد آثار الفضالة، حتى تجعل الفضولى يسترد المصروفات الضرورية والنافعة دون أن يقتصر على أدنى القيمتين كما ورد فى النص.

(٤) محكمة الاستئناف الأهلية فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٤٨ - حكم ثان فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤١٧ - حكم ثالث فى أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٣٧ - حكم رابع فى ١٤ يونية سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ ص٣٩٣. وانظر فى الفقه: والتون ٢ ص١٩٠ - ص١٩١ - ذهنى فقرة ٧٠٥ وما بعدها - الموجز للمؤلف فقرة ٣٩٤ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٩١ - حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٣ (ويقرر فى شئ من التردد أن الإثراء يجب أن يكون موجوداً وقت رفع الدعوى: فقرة ٥٤١).

المتخلفين عن أعقاب الماضى. وهذه المرحلة الرابعة التى وصل إليها التقنين المدنى الجديد لا يزال القانون الفرنسى، على ما رأينا، يرده الإحجام عنها.

٧٥٠- التقنين المصرى الجديد: خطا التقنين المصرى الجديد كما ذكرنا إلى المرحلة الرابعة، فأبرز قاعدة الإثراء بلا سبب متميزة بالخصائص الآتية:

١- جعلها قاعدة مستقلة قائمة بذاتها، كمصدر من مصادر الالتزام.

٢- صحح الوضع الذى كان مقلوباً، فجعل الفضالة ودفع غير المستحق تطبيقين لمبدأ الإثراء بلا سبب. فهذا المبدأ هو الأصل، وهذان التطبيقان هما اللذان يتفرعان عنه. وقد رأينا أن مبدأ الإثراء بلا سبب كان قبلا يتفرع عن الفضالة، ويسمى بالفضالة الناقصة.

٣- حرر مبدأ الإثراء بلا سبب مما كان باقياً من قيوده التقليدية، فنفى عنه الصفة الاحتياطية ونص على أن الإثراء لا يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى.

وبذلك استكمل مبدأ الإثراء بلا سبب فى ظل التقنين الجديد نموه، وانفسحت أمامه سبل التطور. وسنرى تفصيل كل ذلك فيما يلى.

وليس التقنين الجديد بدعاً فيما استحدث، فقد سبقه إلى السير فى هذا الطريق كثير من التقنينات الحديثة(١).

ونستعرض فى فصلين متعاقبين: (أولا) القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب. (ثانيا) أبرز تطبيقين لهذه القاعدة: دفع غير المستحق والفضالة(٢).

الفصل الأول

القاعدة العامة: الاثراء بلا سبب(*)

٧٥١- النصوص: قدمنا أن القانون المصرى القديم لم يشتمل على نص يورد قاعدة

(١) من ذلك التقنين الألمانى (م٨١٢) والتقنين السويسرى (م٦٢ من قانون الالتزامات) والتقنين البولونى (م١٢٣) والتقنين اللبنانى (م١٤٠) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م٧٣).

(٢) يوجد عدا ذلك فى التقنين الجديد نصوص تشريعية وردت فى حالات خاصة، ويجب فى هذه الحالات تطبيق النصوص كما وردت دون تطبيق القواعد العامة لدعوى الإثراء، فإن هذه النصوص إنما هى دعوى الإثراء ذاتها محورة تحويراً يناسب كل حالة. من ذلك البناء والغراس فى أرض الغير (م٩٢٤ - ٩٢٥)، والبناء والغراس من الشفيع فى العقار المشفوع (م٩٤٦) والمصروفات الضرورية والنافعة (م٩٨٠). كما توجد نصوص هى تطبيقات محضة لمبدأ الإثراء بلا سبب فيطبق هذا المبدأ كما هو فى الحالات التى وردت فيها هذه النصوص. (من ذلك م١٤٢ وم١٦٠ وم١٨٦ وم١٩٦ وم٣٢٣ وم٨٨ فقرة ٣ وم٨٩٧).

(*) المراجع: دى هلتس الجزء الثانى: هالتون الجزء الأول - والتون الجزء الثانى - الدكتور عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات - الدكتور محمد وهيبة فى الالتزامات - الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات- الموجز فى الالتزامات للمؤلف - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام - بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع - ديموج الجزء الثالث - أوبرى ورو الجزء التاسع. الرسالة: الدكتور محمود أبو عافية فى التصرف القانونى المجرد - ستويسكو (Stoicesco) باريس سنة =

عامة للإثراء بلا سبب، بل اقتصر على إيراد نص مضطرب فى الفضالة، ونصوص أكثر عدداً فى دفع غير المستحق، وإشارات متفرقة إلى مبدأ الإثراء بلا سبب فى مختلف نواحى القانون(١).

أما القانون الجديد فقد بدأ بنصوص تقرر القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب، ثم تناول بعد ذلك صورتين خاصتين لهذا المبدأ هما دفع غير المستحق والفضالة(٢).

والنص الجوهرى الذى يقرر القاعدة العامة فى القانون الجديد هو المادة ١٧٩، وقد جرت بما يأتى:

«كل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة. ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد(٣)».

= ١٩٠٤ - بوشيه ليكلير (Bouché- Leclerc) باريس سنة ١٩١٢ - سافاتييه (Savatier) بواتييه سنة ١٩١٦- لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ - مورى (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - جيرونا (Gerona) باريس سنة ١٩٢٥ (فى القانون الألمانى) - الموزنينو (Almosnino) باريس سنة ١٩٣١ - موزويى (Mosoiu) باريس سنة ١٩٣٢ - بيجيته (Beguet) الجزائر سنة ١٩٤٥ - مارفان (Maravent) الرسالة منشورة فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير - فرانسوا جوريه (Fr. Goré) باريس سنة ٩٤٩. **المقالات:** لوبير (Loubers) المجلة الاتتقادية سنة ١٩١٢ - ريبير وتيسير (Ripert et Tesseire) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٤ - رينار (Renard) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٠ - رواست (Rouast) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢ - بيكار (picard) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢.. **التعليقات:** لآبيه (Labbé) سيريه ١٨٩٠-١-٩٧ و١٨٩٣-١-٢٨١ - بلانيول (Planiol) دالloz ١٨٩١ -١-٤٩ و١٨٩٢-١-١٦١ - سارى (sarrut) داللوز ١٨٩٢ -١-١٦١ - فال (Wahl) سيريه ١٩٠٧-١-٤٦٥- ناكيه (Naquet) سيريه ١٩١٠ -١-٤٢٥ و١٩١٨-١-٣١٣ - بوركار (Bourcart) سيريه ١٩١١-١-٣١٣ - رواست (Rouast) داللوز ١٩٢٣ -٢-١٧.

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «أوجز التقنين الحالى (القديم) إيجازاً مخلا فى إيراد الأحكام الخاصة بنظرية الإثراء بلا سبب، مع ما لها من أهمية بالغة. فلم يورد بشأن القاعدة العامة فى الفضالة إلا نصاً واحداً تعوزه الدقة ويسوده الغموض. وإذا كان رد غير المستحق قد شغل من نصوصه حيزاً أرحب، فمن الملحوظ أن القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب لم تجد لها، على النقيض من ذلك، مكاناً فى هذه النصوص، اللهم إلا إشارات متناثرة فى مختلف أجزاء التقنين» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٣٩).

(٢) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد أيضاً ما يأتى: «وقد بدأ المشروع (القانون الجديد) بتقرير القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب، ثم تناول بعد ذلك صورتيه الغالبتين، وهما رد غير المستحق والفضالة. وقد عزل المشروع أحكام الالتزام الطبيعى عن القواعد الخاصة برد غير المستحق رغم ما بينهما من تقارب، وجعل للأولى مكانها بين النصوص المتعلقة بآثار الالتزام نزولا على ما يقتضيه المنطق» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٣٩).

(٣) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- كل شخص، ولو كان غير مميز، يثرى دون سبب على حساب شخص آخر، يلتزم بتعويض هذا الشخص =

٧٥٢- مذاهب مختلفة – استنادها إلى الفضالة (الفضالة الناقصة): كانت المحاولة الأولى لتأصيل قاعدة الإثراء بلا سبب تأصيلاً قانونياً هي ربطها بنظرية الفضالة، لا على أن الثانية فرع عن الأولى كما هو الواقع، بل على أن الأولى هي التى تشتق من الثانية. فهى ضرب من الفضالة: فضالة ناقصة، أو هى امتداد لقواعد الفضالة حيث تختل أركانها. فالفضولى يجب أن يقصد تدبير شؤون رب العمل دون أن يفرض عليه هذا التدخل. فإذا انعدم هذا القصد، أو تولى الفضولى شؤون غيره رغم إرادته، اختل ركن من أركان الفضالة. وترتب على اختلال هذا الركن تعديل بعض الأحكام، فالمفتقر فى هذه الحالة لا يسترد كالفضولى كل المصروفات الضرورية والنافعة بل يسترد أقل قيمتى إثراء الغير وافتقاره. والقائلون بهذا الرأى هم المتخلفون من أصحاب مدرسة الشرح على المتون، فقد ظلوا فى حيرة كيف يقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على غير نص تشريعى، ثم تلمسوا فى الفضالة وهى قائمة على نصوص تشريعية سنداً تشريعياً ينسبون إليه القاعدة، فأعاروها بعض أركان الفضالة وبعض أحكامها وأسموها الفضالة الناقصة.

والقول بأن الإثراء على حساب الغير فضالة ناقصة من شأنه أن يشوه كلا من النظريتين. فهناك فرق جوهرى بينهما إذا جاز معه أن تعتبر الفضالة فى بعض نواحيها تطبيقاً لبعض أحكام الإثراء بلا سبب، فهو فرق يمتنع معه أن يكون مبدأ الإثراء بلا سبب هو الذى يدخل فى حدود الفضالة. ذلك أن هذا المبدأ نزعته موضوعية لا ذاتية. فلا عبرة فيه بالنية، ويكفى أن يفتقر شخص فيثرى شخص آخر على حسابه دون سبب قانونى حتى يرجع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء. أما الفضالة فنزعتها ذاتية إلى حد كبير، إذ أن أساسها هو قصد الفضولى أن يدبر شؤون رب العمل حيث تدعو الضرورة إلى ذلك. فما لم يوجد هذا القصد فلا فضالة. ومن ثم وجد الفرق فى الحكم: يرجع الفضولى بكل ما صرف جزاء ما قصد إليه، ويرجع المفتقر بأقل القيمتين إذ هو لم يقصد خدمة المثرى. فالنظريتان مختلفتان إذن فى هذا الأمر الجوهرى. وإذا أريد أن تكون إحداهما تطبيقاً

=عما لحقه من خسارة، على ألا يجاوز فى ذلك القدر الذى أثرى به. ويبقى هذا الالتزام حتى لو زال الإثراء فيما بعد. ٢- فإذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولا أيضاً عن التعويض، ولكن بقدر ما أثرى».

لجنة المراجعة: تليت المادة ٢٤٨ من المشروع، واقترح إدخال تعديلا لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها، فأصبح النص النهائى ما يأتى: «كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة. ويبقى هذا الالتزام قائما حتى لو زال الإثراء فيما بعد». وأصبح رقم المادة ١٨٤ فى المشروع النهائى. **مجلس النواب**: وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ١٨٤. **لجنة مجلس الشيوخ**: تليت المادة ١٨٤، فاقترحت إضافة كلمة «مشروع» إلى عبارة «بدون سبب» فوافقت اللجنة على ذلك. وأصبح رقم المادة ١٧٩. **مجلس الشيوخ**: وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٤١ – ص٤٤٣).

للأخرى، فالأولى أن تكون نظرية الفضالة – فى الأصل الذى ينى عليه رجوع الفضولى لا فى مدى هذا الرجوع – هى التطبيق لنظرية الإثراء بلا سبب.

٧٥٣- استنادها إلى العمل غير المشروع: ومنذ دالت دولة الشراح على المتون، ولم تعد قاعدة الإثراء بلا سبب فى نظر الفقه تحتاج إلى نص تشريعى تستند إليه، تحررت القاعدة من ربقة النصوص التشريعية، ولكنها بقيت ترسف فى أغلال التبعية. فلابد أن يسندها الفقه إلى قاعدة قانونية أخرى معروفة تعيش فى ظلها. فأسندت إلى قاعدة العمل غير المشروع، إما عن طريق المقابلة وإما عن طريق الجمع ما بين القاعدتين تحت لواء المسئولية التقصيرية.

فالذين يقابلون ما بين قاعدة العمل غير المشروع وقاعدة الإثراء بلا سبب يقولون إن القاعدة فى العمل غير المشروع هى أن كل من أضر الغير بخطأه يلتزم بالتعويض. كذلك القاعدة فى الإثراء بلا سبب هى أن كل من أثرى على حساب الغير دون سبب يلتزم بالتعويض.

والذين يجمعون ما بين القاعدتين تحت فكرة العمل غير المشروع – وعلى رأسهم بلانيول – يعبرون عن المعنى المتقدم بأسلوب آخر. ويقولون إن الإثراء على حساب الغير هو عمل غير مشروع. ذلك أن من أثرى على حساب غيره لا يجوز له أن يستبقى هذا الإثراء وإلا ارتكب خطأ يكون مسئولا عنه مسئولية تقصيرية.

وعيب هذا الرأى واضح. فإن مصدر التزام المثرى دون سبب هو واقعة الإثراء. وهذه الواقعة لا يشترط فيها أن تقترن بخطأ من المثرى، ولا هى فى ذاتها تعد خطأ من المثرى، حتى يمكن وصفها بأنها عمل غير مشروع. وغير المشروع إنما هو النتيجة التى أدت إليها الواقعة، لا الواقع ذاتها.

٧٥٤- استنادها إلى قاعدة تحمل التبعة: وقد ذهب إلى ذلك الأستاذان ريبير (Ripert) وتيسير (Teisseire)(١). فعندهما أن نظرية الإثراء بلا سبب ما هى إلا الوجه الآخر لنظرية تحمل التبعة. فهذه النظرية تقرر أن من كان نشاطه مصدراً لغرم تحمل تبعته. ونظرية الإثراء بلا سبب تقرر أن من كان نشاطه مصدراً لغنم جنى فائدته. فالمفتقر قد كان نشاطه – عملا كان أو مالا – مصدراً لنقل قيمة مادية إلى مال المثرى، فوجب أن يسترد هذه القيمة لأنها من خلقه إذ هى نتيجة نشاطه. والغنم المستحدث (le profit créé) ليس إلا الوجه الآخر للغرم المستحدث (les risque créé).

وهذا الرأى تعوزه الدقة. إذ لو صح لترتب عليه أن كل شخص يثرى من وراء نشاط الغير يرجع عليه الغير بكل ما أثرى، وليس بأدنى القيمتين فحسب. ولأصبح شرط الافتقار

---

(١) أنظر المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٤ ص٧٢٧.

غير ضروري. وسنرى ان الافتقار والرجوع بأدنى القيمتين هما من الأحكام الأساسية في قاعدة الإثراء بلا سبب[1].

٧٥٥– قاعدة الأثراء بلا سبب لا تستند إلى قاعدة أخرى، بل هي قاعدة مستقلة تقوم بذاتها: والواقع من الأمر أن قاعدة الإثراء بلا سبب هي قاعدة أصلية لا تتفرع عن غيرها. فهي مصدر مستقل من مصادر الالتزام، وليست ملحقة بالفضالة (بل الفضالة هي التي تلحق بها)، ولا بالعمل غير المشروع، ولا بتحمل التبعة. وهي تتصل اتصالا مباشراً بقواعد العدالة، المصدر الأول لكل القواعد القانونية. أليس العدل يقضي بأن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن يعوض من افتقر؟ فلماذا نذهب في البحث عن سند للقاعدة إلى ما وراء هذا القانون الروماني ذاته، وهو الذى أخذنا عنه القاعدة، يجعل أساسها العدالة[2]؟ أليس العمل غير المشروع مصدراً للالتزام؟ فلماذا لا نبحث هنا عن الأساس القانوني للعمل غير المشروع. ونبحث عنه في الإثراء بلا سبب، وكل من القاعدتين مرده العدالة؟

وإذا سرنا في تحليل قاعدة الإثراء بلا سبب خطوة أبعد أمكن تأصيلها على الوجه الآتي:

الأصل أن مال الشخص لا ينتقل إلى شخص آخر إلا في حالتين اثنتين: إذا اتفق الشخصان على ذلك، أو كان القانون هو الذى قضى بانتقال المال. فإذا انتقل المال في غير هاتين الحالتين وجبت إعادته إلى صاحبه، وهذه هي قاعدة الإثراء بلا سبب[3].

وقد اقتضت هذه القاعدة العادلة، على وضوحها، وقتاً طويلاً حتى تكسب قواماً مستقلاً ويكون لها كيان ذاتي، لأنها قاعدة بنيت رأساً على العدالة والبداهة، فلم تصقلها الصنعة القانونية. والقانون لا يهضم من قواعد العدالة إلا ما تدخلت فيه الصياغة، فحولته من قواعد خلقية أو اجتماعية أو اقتصادية إلى قواعد قانونية تلتزمها الناس في التعامل. ولذلك وجب ألا نسير في طريق الصياغة إلى مدى أبعد، وأن نكشف من هذه الناحية عن طبيعة هذا المصدر من مصادر الالتزام وعن مغايرته للمصادر الأخرى.

الواقعة التي ترتب الالتزام في ذمة المثرى هي واقعة الإثراء على حساب الغير دون سبب وهي واقعة قانونية (fait juridique) لا عمل قانوني (acte juridique)، ومن ثم اختلف الإثراء عن العقد. وهي واقعة مشروعة لأن الإثراء لا يستلزم أن يقترن به خطأ

(١) وقد رجع الأستاذ ريبير (Ripert) عن هذا الرأى في كتابه «القاعدة الأدبية»، وأسند مبدأ الاثراء بلا سبب رأساً إلى قواعد الإخلاق.

(٢) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٣٣٨ – وحكماً ثا في ٢٢ يونية سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٤١ – وحكماً ثالثاً في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ را ٤٢ ص٥٣ – وحكماً رابعاً في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨م ٤٠ ص٣١٥.

(٣) يقرب من هذا الدكتور أبو عافية في رسالته «التصرف القانوني المجرد» القاهرة سنة ١٩٤٧ ص١٩٠ ص١٩٢.

من المثرى كما قدمنا فقد يثرى وهو حسن النية بل قد يثرى دون علمه، ومن ثم اختلف الإثراء عن العمل غير المشروع.

والإثراء واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانوني يرتكز عليه كمصدر له. وفي هذا أيضاً نرى أن الإثراء واقعة تختلف عن واقعة العقد وعن واقعة العمل غير المشروع.

فالإثراء بلا سبب يختلف إذن عن العقد وعن العمل غير المشروع من حيث طبيعته ومن حيث ما اشتمل عليه. ومن ثم فهو مصدر للالتزام مستقل قائم بذاته، لا يستند إلى مصدر آخر ولا يتفرع عنه. وإنما يقوم رأساً على قواعد العدالة والمنطق القانوني، كما يقوم العقد وكما يقوم العمل غير المشروع.

والتحليل على هذا الوجه يحدد أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ويرسم أحكامها.

أما الأركان فهي أن يكون هناك إثراء في جانب، يترتب عليه افتقار في جانب آخر، دون أن يقوم سبب قانوني لهذا الإثراء.

وأما الأحكام فتتلخص في أن المثرى يرد إلى المفتقر ما أثرى به الأول في حدود ما افتقر به الثاني.

ويبقى أن نعرض إلى تفصيل هذه الأركان والأحكام.

الفرع الأول

أركان الاثراء بلا سبب

٧٥٦– أركان ثلاثة: قدمنا أن أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ثلاثة: ١) إثراء المدين. ٢) افتقار الدائن المترتب على هذا الإثراء. ٣) انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء. هذه هي أركان القاعدة إذا توافرت قامت دعوى الإثراء وليس من الضروري بعد ذلك، كما قدمنا، أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى.

المبحث الأول

إثراء المدين

(Enrichissement du débiteur)

٧٥٧– وجوب تحقق الاثراء: أول ركن لقاعدة الإثراء بلا سبب هو أن يتحقق إثراء المدين. ذلك أن مصدر الالتزام الذى يترتب في ذمته إنما هو هذا الإثراء، فلا بد من تحققه حتى يقوم الالتزام. أما إذا لم يتحقق الإثراء فلا التزام، كما لو وفي شخص ديناً عن شخص آخر وتبين أن هذا الدين قد سبق الوفاء به أو أنه لا وجود له. فهنا لم يتحقق الإثراء في جانب الشخص الآخر ولا رجوع للشخص الأول عليه[1]. وإنما يرجع هذا بما دفع

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يونية سنة ١٩٢٨م ٤٠ ص٤٠٧.

على من دفع له إذا توافرت شروط دفع غير المستحق على ما سنرى. ويمكن القول كذلك إن الصغير إذا اقترض مالا فأضاعه لم يكن مسئولا، لا بعقد القرض إذا أبطله، ولا بقاعدة الإثراء بلا سبب إذا ضاع المال فلم يتحقق الإثراء.

والأصل في الإثراء أن يكون إيجابياً ولكن يجوز أن يكون سلبياً، وأن يكون مباشراً ولكن يجوز أن يكون غير مباشر، وأن يكون مادياً ولكن يجوز أن يكون معنوياً.

الإثراء الإيجابي والإثراء السلبي:

٧٥٨- الإثراء الإيجابي: يتحقق الإثراء الإيجابي عادة بأن تضاف قيمة مالية إلى ذمة المدين[(١)(I)]. ويتم هذا بأن يكسب المدين حقاً، عينياً كان أو شخصياً، أو أن يزيد فيما يملك من ذلك. فإذا استهلك شخص قدراً من المياه أو النور عن طريق مواسير أو أسلاك خفية كان ما يستهلكه قيمة مالية أثرى بها[(٢)]. وإذا أقام الحائز للعقار المرهون بناء في هذا العقار أثرى الدائن المرتهن من وراء هذا البناء إذ يزيد ضمانه. وإذا قام المستأجر الذي انفسخ عقد إيجاره قبل انقضاء مدته بتحسينات في العين المؤجرة، أو قام الراسي عليه المزاد بتحسينات في العين التي رسا عليه مزادها ثم نزعت العين من يده، كان في هذا إثراء لمن تؤول إليه العين.

وقد يتحقق الإثراء الإيجابي لا من طريق إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين بل من طريق منفعة يجنيها أو عمل يستثمره[(٣)]. مثل المنفعة منزل انتفع به شخص دون عقد إيجار[(٤)]. ومثل العمل تصميم قام به مهندس[(٥)] أو لحن ألفه موسيقي وانتفع الغير بهما

---

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م٥ ص٨٥.

(I) تشييد مسجد من ريع اعيان الوقف الذي خلفه المورث نفاذاً لوصيته لا يعتبر اثراء بالنسبة إلى وزارة الاوقاف استنادا إلى أن بناء المسجد لم يكن من مال الطاعنة بل كان مما حصلته من ريع أعيان التركة وأنه بناء خارج عن دائرة التعامل
(جلسة ١٦/١٢/١٩٥٠ الطعن ١٥٠ لسنة ١٨ق س٢ ص٤٣).

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٧٠.

(٣) ولم تخط قاعدة الإثراء بلا سبب هذه الخطوة إلا بعد تطور. فقد كان الفقه في فرنسا يشترط أن يتحقق الإثراء عن طريق إضافة حق إلى مال المدين (أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٨ – ديموج ٣ فقرة ١٥٠ – بيدان ص٢٤٨). ثم تطور فأجاز أن يكون الإثراء ناتجاً عن منفعة أو عمل (بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص٤٨).

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المطالبة بأجر الأرض مؤسسة على أن المدعى عليها شغلها بغير حق وبذلك حرم مالكها المدعي من الانتفاع بها. وكان واقع الحال أن المدعى عليه قد ادعى أن للمباني المشغولة بها الأرض حق البقاء والقرار عليها ورفض إزالتها، ثم حكم بعدم حقه في ذلك وبوجوب الإزالة، فإن المدعي يكون بهذا الحكم مستحقاً للتعويض عن فعل المدعى عليه بلا نظر إلى ادعائه عن انتفاعه بالمباني بعض الزمن، لأن المالك لم يتعهد له بهذا الانتفاع، والأجر الذي يطلبه إنما هو مقابل شغل أرضه بلا مسوغ قانوني لا في مقابل الانتفاع بالمباني. ولذلك يكون المدعي عليه مسئولا عن أجر الأرض من يوم استحقاقه عليه إلى يوم إزالة المباني» (محكمة النقض في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٠ ص١٥٧).
وانظر أيضاً في الإثراء عن طريق الانتفاع بالعين انتفاعاً مؤقتاً محكمة النقض الفرنسية في ... سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعي ١٩٢٩ –١٨.

(٥) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٣٣٨.

ذلك دون عقد. ومثل العمل أيضاً خطيبة تعمل لخطيبها دون أجر ثم لا يتم الزواج، و... الأنساب يهدي الوارث إلى ميراث كان يجهله دون اتفاق على الأجر، والسمسار لا ... الصفقة على يديه ولكنه هو الذي يجمع بين البائع والمشتري[(١)].

٧٥٩- الإثراء السلبي: وقد يكون الإثراء سلبياً. ومن صور هذا الإثراء أن يوفي شخص ... على آخر، فيثرى هذا إثراء سلبياً عن طريق النقص فيما عليه من ديون. مثل المستأجر يقوم بالترميمات الجسيمة وهي واجبة على المؤجر، والتاجر يحضر للزوجة ما تحتاج إليه من مؤونة ونفقتها واجبة على الزوج، والمشتري لعقار مرهون يدفع دين ...[(٢)].

ومن صور الإثراء السلبي كذلك أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها محتماً، ... إثراء سلبياً بقدر ما تجنب من خسارة. مثل ذلك الجار يتلف متاعاً له حتى يطفىء حريقاً ... في منزل جاره، وربان السفينة يلقي ببعض ما تحمل السفينة حتى ينقذ السفينة من ...[(٣)].

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المتجر الذي ينتفع بجهود شخص وبصلاته التجارية في الخارج يكون قد أثرى على حسابه (محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٢٦٥).

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه «إذا اشترى أشخاص أرضاً ودفعوا ثمنها كاملا للبائع، ولم يلتزموا في عقدهم بدفع أي دين على الأرض. ثم اشترى شخص آخر باقي الأرض المملوكة للبائع، ووجد أنها مرهونة هي والأرض المبيعة لسواه من قبل، فسدد ما على الأرض كلها من ديون، كان الذين اشتروا قبله ملزمين بأن يسددوا للمشتري المذكور ما دفعه عن أرضهم، لأنه مع التسليم بعدم التزام هؤلاء المشترين شخصياً بالدفع، إلا إنهم قد استفادوا فعلا من دفع صاحب الأرض المشتركة مع أرضهم في ضمان الدين. ولا يجوز أن يستفيدوا هذه الفائدة على حساب غيرهم بدون مقابل، خصوصاً وأن المشتري لم يكن متطوعاً في سداد ذلك الدين، بل كان مجبراً على سداده ليدفع عن أرضه خطر نزعة الملكية، ولم يكن لديه وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر مادام أن الدين مضمون برهن غير قابل للتجزئة على أرضه وأرض الباقين. والقول بغير ذلك وبعدم التزام من اشتروا قبلا بدفع ما سدده عنهم المشتري الأخير من الدين المطلوب على أرضهم فيه كل معنى الإثراء على حساب الغير، لأن الإثراء كما يكون بأخذ مبلغ بلا مقابل يكون أيضاً بتوفير مبلغ واجب الدفع، لأن هذا التوفير يزيد من طريق غير مباشر في ثروة الملتزم بالدفع، فبدلا من أن تنقص تبقى كما هي» (محكمة استئناف مصر في ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٥ ص١٦١).

وقضت محكمة النقض بأن «الكفيل الذي يضمن أحد المدينين المتضامنين يحلك قبل من كفله منهم الحق في المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملا بالمادة ٥٠٥ من القانون المدني (م٨٠٠ جديد)، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين: (الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم في المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم وذلك عملا بالمادة ١٤١ من القانون المدني (م٢٣٥ جديد). (والثاني) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير عملا بالمادة ١٤٤ (م١٧٩ جديد) (محكمة النقض في ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٤ ص٦١). أنظر أيضاً في الإثراء عن طريق سداد دين على المثرى محكمة النقض الفرنسية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ –١–٦١٥– وحكماً آخر في ٤ يونية سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٦ –١–١٠٢.

(٢) ومثل ذلك أيضاً – من قضاء محكمة النقض – أن يتقدم ناظر وقف بطلب شراء أطيان بمال = =

الإثراء المباشر والإثراء غير المباشر:

٧٦٠- الإثراء المباشر: يكون الإثراء مباشراً إذا انتقل ، في أية صورة من صوره، مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى، إما بفعل المفتقر وإما بفعل المثرى نفسه. مثل الانتقال بفعل المفتقر من يدفع دين غيره، والمستأجر يقوم بالترميمات الجسيمة فى العين المؤجرة[1] . ومثل الانتقال بفعل المثرى من يستولى على مال لغيره دون حق، ومن يستهلك المياه والنور من مواسير وأسلاك خفية[2] . وقد يكون الانتقال بقوة قاهرة، كما يحدث فى طرح البحر، فيكون الإثراء مباشراً.

٧٦١- الإثراء غير المباشر: ويكون الإثـراء غير مباشـر إذا تدخل أجنبى فى نقله من مال المفتقر إلى مال المثرى. وقد يقع تدخل الأجنبـى عن طريق عمل مادى كربان السفينة يلقى ببعض ما تحمل إلى البحر لإنقاذ الباقى من الغرق، وكـفـرقة إطفـاء الحريـق تتلف متاعاً للغير حتى تتمكن من إطفاء الحريق، وكالمغتصـب يبنى بمواد غيره فى الأرض

== البدل المتجمد، فيتقدم شخص محتسباً يعارض فى إتمام الصفقة، ويثبت أن الأطيان المراد شراؤها ليست ملكاً للبائع بل هى موقوفة ولا يصح التصرف فيها. فيثمر جهده فائدة كبرى لجهة الوقف إذ يقيه ضياع آلاف من الجنيهات كانت على وشك الضياع لو تم الاستبدال الذى عمل على منعه. فالشخص المحتسب هنا قد افتقر بقدر ما تكلفه من مصروفات وأتعاب محاماه للوصول إلى النتيجة التى وصل إليها، وجهة الوقف قد أثرت على حسابه بقدر ما جنبها من خسارة كانت على وشك تحملها. وتكون مطالبة هذا الشخص المحتسب لجهة الوقف بما تجشمه من مصروفات وأتعاب محاماة هى مطالبة ممن أفاد لمتمتع بما استفاد، وتكون دعواه هى دعوى الإثراء بغير سبب (محكمة النقض فى ٤ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٣ ص١١٤٥).

أنظر أيضاً فى الإثراء عن طريق تجنيب المثرى خسارة أو التوفير عليه فى مصروفات محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يناير سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦-١-٧٥ (إطفاء حريق) - وحكما آخر فى ٢٣ أبريل سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٢ -١-٥١٣. وانظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٨) - ديموج ٣ فقرة ١٤٩.

(١) أنظر فى أمثلة أخرى من القضاء المصرى محكمة استئناف مصر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٣ (الراسى عليه المزاد أحدث إصلاحات فى العين التى رسا مزادها عليه) - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٢٠١ وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص١٣٥ (المستأجر الذى أبطل إيجاره أو فسخ أحدث إصلاحات فى العين المؤجرة) - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م٢١ ص١٣٩ وفى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٣٣٨ (المهندس الذى قام بعمل مشروعات أو تصميمات) - محكمة الاستئناف المختلطة فى [illegible] مارس سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٢٦٥ وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص٤٢ وفى ١٠ يونيه سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢٣٧ وفى أول مارس سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص٦٨ (التاجر والمحامى والسمسار يؤدون خدمات دون سابق اتفاق).

(٢) استئناف مختلط فى ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٧٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم). أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص١٨ (شخص ينتفع بنقود مملوكة لغيره دون عقد قرض) - استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣٣٨ (شخص يسكن عقاراً مملوكاً لغيره دون عقد إيجار).

المغتصبه[1] . وقد يقع التدخل عن طريق عمل قانونى. مثل ذلك أن يشترى شخص سيـارة من آخر، ثم يدفعـهـا إلى «ميكانيكى» لإصلاحـهـا، وينفسخ عـقـد بيع السيارة، فيرجع الميكانيكى وهو المفتقر بمصروفات الإصلاح على البائع وهو المثرى، ويكون المشتـرى هنـا هو الأجنبى الذى تدخل بعـمل قـانونى فى نقل الإثراء من المفـتـقـر إلى المثرى، والعمـل القانونى هو عقد المقاولة الذى أبرمه المشترى مع الميكانيكى لإصـلاح السيارة[2] . ومثل ذلك أيضاً مستأجر الأرض الزراعية يشترى سماداً للأرض من تاجر دون أن يدفع ثمنه، فإذا حجز المالك على زراعة المستأجر التى انتفعـت بالسماد جاز للتاجر وهو المفتقر أن يرجـع على المالك وهو المثرى بقـدر ما عاد به السـمـاد على الزراعة من نفع فى حـدود الثـمن، والأجنبى الذى تدخل هنا هو المستـأجـر، وتدخله وقع عن طريق عـمـل قـانونى هو شـراء السماد[3] . ومثل ذلـك أخيراً أن يعمد مدير شركة إلى اختلاس أسهم لها برهنها فى قرض معقود بالنفع على شركة أخرى هو أيضاً مديرها، فترجع الشركة الأولى وهى المفتقره على الشـركـة الثـانيـة وهى المثرية بدعـوى الإثراء، والأجنـبى الذى تدخل هنا هـو المدير الذى

(١) وقد يكون الأجنبى المتدخل بعمل مادى هو ناظر الوقف يقترض مالا دون إذن القاضى يدخل به تحسينات على العين الموقوفة فيبطل القرض ويرجع المقرض على الوقف بدعوى الإثراء (محكمة الاستئناف المختلطة فى أول مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٥٩) وأنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٧٦ وفى ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١٣٣ وفى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٤٥. وأنظر أيضاً استئناف مختلط فى ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م٨ ص٦١.

(٢) وللميكانيكى بداهة أن يرجع على المشترى الذى تعاقد معه على إصلاح السيارة بدعوى العقد.

(٣) أنظر مارفان (Maravent) فى رسالته المنشورة فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ يناير وفبراير ص٧٢ - هذا وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه «إذا عرض المالك أرضه للتأجير بالمزاد ورسا مزادها على شخص دفع التأمين، وبعد فوات المدة المسموح فيها بتقديم عطاءات جديدة زرع الأرض ثم آجرها المالك لآخر بناء على شرط فى قائمة المزاد يسمح له بذلك، كان المالك ملزماً بأن يرد إلى من رسا عليه المزاد قيمة ما صرفه فى الزراعة لأنه زرع فى أرضه بحسن نية ولأنه لا يجوز قانوناً الإثراء بلا مقابل. وإذا كان المالك سلم الأرض بما عليها من الزراعة إلى مستأجره حق له أن يطالبه بما انتفع به من زرع غيره. أما الراسى عليه المزاد فلا علاقة له بالمستأجر حتى يطالبه بشئ ما» (استئناف أسيوط فى ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٣٩ ص٧٢). هذا ويلاحظ هنا أن الإثراء فى حالة رجوع الراسى عليه المزاد على المالك هو إثراء مباشر، وفى حالة رجوع المالك على المستأجر هو إثراء غير مباشر بتدخل من الراسى عليه المزاد عن طريق أعمال مادية أو أعمال قانونية وفقاً لطبيعة العمل الذى قام به الراسى عليه المزاد لزراعة الأرض.

وكالمستأجر للأرض الزراعية يغرس فيها زرعا المقاول يقيم بناء على أرض مؤجرة تنفيذاً لعقد يتم بينه وبين المستأجر، فيحق للمقاول الرجوع على المالك بدعوى الإثراء، والإثراء هنا غير مباشر بتدخل من المستأجر عن طريق عمل قانونى هو العقد الذى تم بينه وبين المقاول (أنظر محكمة مصر الابتدائية الوطنية فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص٤٧٠). ودعوى الإثراء التى تعطى للمقاول فى هذا الفرض هى غير حق الامتياز الذى قرره القانون المدنى الجديد للمقاولين (قارن حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٥٣) - ويلاحظ فى هذه الأمثلة أن المؤجر لم يشترط فى عقد الإيجار أن يكون البناء أو الغراس له عند نهاية الإيجار وإلا لكان لإثرائه سبب هو عقد الإيجار كما سيأتى.

اختلس الأسهم، والعمل القانونى الذى عن طريقه تم التدخل هو عمل من أعمال الإدارة قام به المدير بالنسبة إلى الشركة الثانية فجعلها تنتفع بالقرض الذى حصل عليه برهن الأسهم المختلسة[1].

الإثراء المادى والإثراء المعنوى:

٧٦٢- الإثراء المادى: الأصل فى الإثراء أن يكون مادياً. وفيما قدمناه من الأمثلة فى الإثراء الإيجابى والسلبى، والمباشر وغير المباشر، ما يتبين منه أن الإثراء هو قيمة مالية أو منفعة مادية انتقلت إلى ذمة المثرى.

٧٦٣- الإثراء المعنوى: ولكن الإثراء قد يكون معنوياً، كأن يكون إثراء عقلياً أو أدبياً أو صحياً. فالمدرس وهو يعلم التلميذ يجعله يثرى إثراء عقلياً. والمحامى وهو يحصل على حكم ببراءة المتهم يجعله يثرى إثراء أدبياً. والطبيب وهو يشفى المريض يجعله يثرى إثراء صحياً. فهل صلح الإثراء المعنوى كالإثراء المادى ركناً لقاعدة الإثراء بلا سبب؟

ارتطمت هذه القاعدة هنا، كما ارتطمت فى الإثراء الناتج عن منفعة أو عن عمل وفى الإثراء غير المباشر، بعقبات ما لبثت أن ذللتها . فقد رأينا كيف أن الفقه فى فرنسا كان يأبى أن يتحقق الإثراء عن طريق منفعة أو عمل، ثم تطور فأجاز ذلك، وتحررت قاعدة الإثراء من هذا القيد. ورأينا كيف أن النظرية الألمانية تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر، ولكن قاعدة الإثراء تحررت من هذا القيد أيضاً فى فرنسا وفى مصر. وهنا كذلك نرى أن القانونين الألمانى والسويسرى يشترطان فى نصوصهما أن يكون الإثراء ذا قيمة مادية (auf dessen kosten)، ونرى جانباً من الفقه فى فرنسا يقول بهذا الرأى[2]. ولكن قاعدة الإثراء تحررت أيضاً من هذا القيد الثالث. وأصبح جمهور الفقهاء فى مصر[3] وفى

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٢٧. أما الفقه فى مصر فكالقضاء يجيز الإثراء غير المباشر (والتون٢ ص١٧٤ – ص١٧٧ – الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٦ – حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٧) – ولا يجيز القانون الألمانى والسويسرى الإثراء غير المباشر (أنظر رسالة موسيو Mosiou ص١٢١ – ص١٢٣ وص١٦٠ – ص١٦٥). والقانون المصرى الجديد لم ينحرف عن تقاليده الماضية فهو، كالقانون القديم، يجيز الإثراء غير المباشر (أنظر فى هذا الموضوع رسالة مارفان ص٧١ – ص٧٤ وبخاصة آخر ص٧٤).

(٢) ريبار (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٠) ص٢٤٨ ـ بنكاز (Bonnecase) ملحق مبسوط بودرى ٣ ص٣٤٢. ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه فى فرنسا الذى يقول بهذا الرأى هو الجانب الذى ينظر إلى قاعدة الإثراء بلا سبب نظرة مادية على اعتبار أنها تنظم علاقة ذمة مالية بذمة مالية أخرى، لا نظرة ذاتية على اعتبار أنها تنظم واجبات الأفراد الأدبية بعضهم ببعض. ومن هذا الرأى الأخير الأستاذ ريبير فى كتابه المعروف «القاعدة الأدبية فى الالتزامات». وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. [illegible] وتجدر الإشارة إلى أن بعض ضروب الإثراء المعنوى يمكن اعتباره ذا قيمة مادية، كما فى براءة المتهم [illegible] وفى شفاء المريض.

(٣) والتون ٢ ص١٨٦ – الموجز للمؤلف فقرة ٣٧٩ ص٣٨٧ – الدكتور حشمت فى نظرية الالتزام فقرة ٥٣٥ ص٣٩٠ – مارفان (Maravent) مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص٥٩ – ص[illegible]

فرنسا[1] يقولون بجواز أن يكون الإثراء معنوياً ما دام من المستطاع أن يقدر بمال، سواء فى ذاته، أو من ناحية الافتقار الذى يقابله[2]. وبهذا الرأى جرى القضاء فى فرنسا[3] وفى مصر[4].

---

(١) بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٣٥ ص٤٩ – رواست (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢) ص٥٤ – موسيو (Mosiou) ص١٩٧ وما بعدها – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٦٧ – جوسران٢ فقرة ٥٦٩ – ديموج٣ فقرة ١٥٠ ص٢٤١.

ويلاحظ أن الإثراء المعنوى فى قاعدة الإثراء بلا سبب عانى من الصعوبات فى الاعتراف به ما عاناه الضرر الأدبى (prejudice moral) فى نظرية المسئولية التقصيرية. على أن الضرر الأدبى قد أصبح الآن معترفاً به إلى حد أبعد من الذى اعترف فيه بالإثراء المعنوى (أنظر فى هذا المعنى ديموج٣ فقرة ١٥٠ ومارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص٦٠). ويقول الأستاذ فرانسوا جوريه فى كتابه فى الإثراء على حساب الغير (باريس ص٦٢ – ص٦٣) إن التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية التقصيرية أوسع مدى من التعويض عن الإثراء المعنوى فى قاعدة الإثراء بلا سبب. ويعلل ذلك بأن التعويض فى المسئولية التقصيرية ليس عديلا (équivalent) عن الخسارة التى لحقت بالمضرور، بل هو عوض (compensation) عن هذه الخسارة؛ أما فى الإثراء بلا سبب فالتعويض هو عديل الإثراء لا عوض عنه. والعديل غير العوض، إذ الخسارة الأدبية التى لا يمكن تقديرها بمال قد يكن لها عوض ولا يكون لها عديل. فإذا لم يكن الإثراء المعنوى مما يمكن تقديره بمال تعذر أن يكون له عديل، وإن جاز أن يكون له عوض، فلا يصح أن يقوم ركناً فى قاعدة الإثراء بلا سبب. ونحن نرى أن التمييز ما بين العديل والعوض فى نظرية الإثراء بلا سبب دون نظرية المسئولية التقصيرية إنما يرجع إلى متخلف من نزعة الاستعصاء المألوفة التى لا تزال نظرية الإثراء بلا سبب تواجهها حتى اليوم.

(٢) أنظر بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٣ ص٤٩ – مارافان مجلة مصر العصرية ص٦١.

(٣) محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يولية سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣–١–٤٥٧ – وفى ١٣ يونية سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢–١–٥٩٦ – وفى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١٢–١–٢١٧ – وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١–١–١٧٧ – وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ ص١٨١ – محكمة مونبلييه فى ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩–٢–٢١٣ (الأجر عن التدريس فى حالة إعسار والد التلميذ وسنرى فى موضع آخر أن إثراء التلميذ هنا له سبب قانونى)– محكمة إكس فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠–٢–٢٥ (تحسين حالة مريض فى مستشفى الأمراض العقلية وكانت قواعد الفضالة هى المنطبقة فى هذه القضية).

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٢٦٥ (الانتفاع بالصلات التجارية وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم)– ومع ذلك أنظر حكماً لمحكمة طنطا الوطنية فى ٢٦ يونية سنة ١٩٣٥ (المحاماة ١٥ رقم ٣٣٢ ص٤٠٧) تقول فيه: «أما الإثراء الأدبى الذى يستتبع تحسين حالة فرد أو جماعة من ناحية أدبية احتمالية محضة فلا يعطى حقاً فى دعوى الإثراء بلا سبب وإن كان القضاء الفرنسى قد أجاز أخيراً هذه الدعوى للدائن الذى زاد فى ثروة المدين العقلية والخلقية كالمربى».

ونحن لا نتردد فى القول بجواز أن يكون الإثراء معنوياً – وقد استعملنا لفظ «المعنوى» هنا بمعنى واسع فشمل الإثراء الصحى والجسمى ويعتبر هذا النوع من الإثراء عادة إثراء ذا قيمة مادية، سواء فى ظل القانون المدنى القديم أو فى ظل القانون المدنى الجديد (أنظر مارافان مجلة مصر العصرية ص٦١ حاشية رقم ٦). فلو أن بعثة للآثار وفقت إلى كشوف أثرية تزيح الغموض عن حقائق علمية وتاريخية، وكان الاتفاق بينهما وبين مصلحة الآثار أن يكون لهذه المصلحة ملكية هذه الكشوف، لجاز فى رأينا أن يكون لدائنى هذه البعثة الرجوع على مصلحة الآثار بما أثرت به من قيم معنوية – وهنا يمكن تقديرها بالمال – فى حدود ما لهم من ديون فى ذمة البعثة صرفت فى القيام بهذه الكشوف الأثرية.

المبحث الثانى
افتقار الدائن
(Appauvrissement du créancier)

٧٦٤- الافتقار وعلاقة السببية بالاثراء: الركن الثانى لقاعدة الإثراء بلا سبب هو افتقار الدائن افتقاراً ترتب عليه إثراء المدين. فيجب إذن أن يكون هناك افتقار فى جانب الدائن، وأن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين افتقار الدائن وإثراء المدين[١].

٧٦٥- وجوب تحقق الافتقار: فإذا تحقق الإثراء فى جانب شخص، ولم يقابله افتقار فى جانب الشخص الآخر[1]، لم يكن هناك مجال لتطبيق قاعدة الإثراء. ذلك أن المثرى لا يلتزم إلا بدفع أدنى القيمتين، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار، والمفروض أن الافتقار معدوم فلا يلتزم المثرى إذن بشئ.

ويترتب على ذلك أنه إذا أنشأ شخص حديقة فى منزله يطل عليها منزل الجار، وجمل هذه الحديقة حتى أصبحت سبباً فى رفع قيمة منزل الجار، فالجار فى هذه الحالة يكون قد أثرى. ولكن صاحب الحديقة لم يفتقر، فإنه أنشأ الحديقة لمنفعته وقد جنى هذه المنفعة كاملة، وما أنفقه فى إنشاء الحديقة وتجميلها قد عاد عليه بالفائدة التى قدرها. فهو قد أخذ المقابل لما أنفقه، ولم يخسر شيئاً، فلا يرجع بشئ على جاره[٢].

كذلك إذا استحدث المستأجر، دون اتفاق مع المالك، إصلاحات فى العين المؤجرة تزيد فى منفعتها، واستوفى هذه المنفعة كاملة، فإنه لا يرجع على المالك بشئ، وليس له إلا

---

(١) وقد رأينا أن بعض الفقهاء يذهب إلى أنه يكفى على إثراء المدين دون أن يقابل ذلك افتقار فى جانب الدائن، ويقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على المنفعة المستحدثة (profit créé) مقابلين بينها وبين الضرر المستحدث (risque créé). ولكن هذه النظرية، كنظرية الضرر المستحدث أو تحمل التبعة، لم يقيض لها النجاح لا فى القضاء ولا فى الفقه، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(1) شرط افتقار المدعى هو شرط جوهرى لدعوى الرجوع استنادا إلى قاعدة الإثراء بلا سبب.
(جلسة ١٩٥٦/٥/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص٦٧٢)

(٢) ويقاس على هذا المثل كل حالة ينفق فيها الشخص لجلب منفعة يستوفيها- يقوى جسراً أو يشق ترعة أو يجمل مبنى أو يصقع حياً - فهو قد انتفع بقدر ما أنفق، وإذا كان غيره قد أفاد من عمله فهو لم تلحقه أية خسارة. ويمكن القول هنا إن الافتقار له سبب هو المنفعة التى حصل عليها. ولكن «سببه» الافتقار غير «سبب» الإثراء. وسنرى ذلك عند بحث ركن انعدام السبب (أنظر بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٦١).

ويلاحظ أن بعض المحاكم تعبر خطأ عن المعنى الذى نحن بصدده بانعدام السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار، فتقول فى شخص يقيم بناء لمصلحته فيستفيد جاره عرضاً من هذا البناء «لا محل هنا للمطالبة بدعوى الإثراء «لأن المنفعة جاءت من طريق غير مباشر» .... «والواجب أن يكون بين الاستفادة والضرر رابطة السببية». (الواسطى فى ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٧٥ ص١٠٩٥).

أن ينزع ما استحدثه من الإصلاحات وأن يعيد العين إلى حالتها الأصلية، بل يجب عليه ذلك إذا طلب المالك[١].

ويتحقق افتقار الدائن على النحو الذى يتحقق به إثراء المدين. فيكون الافتقار إيجابياً أو سلبياً، مباشراً أو غير مباشر، مادياً أو معنوياً.

٧٦٦- الافتقار الايجابى والافتقار السلبى: يكون الافتقار إيجابياً إذا فقد المفتقر حقاً، عينياً كان أو شخصياً، أو انتقص حق له. ويتحقق هذا عادة بالإنفاق. فإذا أنفق الراسى عليه المزاد لإصلاح العين التى رسا عليه مزادها ثم آلت العين إلى شخص آخر، أو دفع شخص ديناً فى ذمة غيره، أو قام مساهم فى شركة برفع دعوى تحمل نفقتها ليسترد من مدير هذه الشركة مالا لها فى يده[٢]، ففى كل هذه الأحوال يكون هناك افتقار إيجابى فى جانب المفتقر(1).

---

(١) وسنرى عند الكلام فى الفضالة أن المستأجر إذا أجرى إصلاحات فى العين المؤجرة لمنفعته الشخصية لا يكون فضولياً ولا يستطيع أن يرجع بدعوى الفضالة على المالك، لأنه لم يقصد بعمله إلا تدبير شؤونه الشخصية لا تدبير شؤون المالك. فالمستأجر فى هذه الحالة لا يرجع على المالك لا بدعوى الفضالة ولا بدعوى الإثراء بلا سبب. وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بما يأتى: «إن محل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضولى هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضولى لحساب المالك لا لحسابه الخاص لغرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً. فمستأجر الأرض الذى يجرى تحسينات فيها ويقيم مبانى ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصى رغم الحظر الصريح عليه فى عقد الايجار بعدم إجراء شئ من ذلك إلا بأمر المالك، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات فى العين المؤجرة». (استئناف مصر فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٨ ص١٧٥ - المحاماة ١٨ رقم ٧٢ ص١٥٠). ويبدو أن المحكمة أسست رفض دعوى الإثراء على انعدام السبب القانونى، وكان الأولى أن تؤسسه على انعدام الافتقار.

(٢) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ جازيت٢ ص٦٣ - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ يونية سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٤٣٨ - وقارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨م ٤٠ ص٣٢١.

(1) أ- المتصرف هو الذى يتحمل عبء الضريبة على التصرفات العقارية ويؤديها عنه المتصرف إليه، للأخير الرجوع بما أداه على المتصرف المدين بها بدعوى الاثراء بلا سبب. بطلان كل شرط أو اتفاق يقضى بنقل عبء الضريبة إلى المتصرف إليه.
(جلسة ٢٠٠١/١/٣١ الطعن ٢٤٠٤ لسنة ٦٣ق)

ب- إذا كان مؤدى ما أورده الحكم المطعون فيه هو اثراء فى جانب الطاعنين يتمثل فيما حصلوا عليه من قيمة الثمار التى لم تكن مملوكة لهم وافتقار فى ذمه المطعون عليهم عدا الأخيرة متمثلا فى قيمة الثمار المملوكة لهم بموجب ذلك العقد (عقد الايجار) والتى استولى عليها افراد القوات المسلحة بعضهم غير المشروع مما يتوافر فيه عناصر الاثراء بلا سبب.
(جلسة ١٩٨١/١٢/٨ الطعن ٤٣٦ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص٢٢٤٦)

جـ- التزام المستحق فى الوقف برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه؛ منعا من اثرائه على حساب الغير لا مخالفة فيه للقانون.
(جلسة ١٩٤٦/٦/١٣ الطعن ٩٦ لسنة ١٥ق)

ويكون الافتقار سلبياً إذا فات المفتقر منفعة كان من حقه أن يحصل عليها، فيفتقر، لا بقدر ما تحمل من خسارة كما فى الافتقار الإيجابى، بل بقدر ما فاته من منفعة. مثل ذلك أن يقوم المفتقر دون اتفاق بأداء عمل للغير، فيفتقر بما فاته من منفعة هى أجر هذا العمل. ومثل ذلك أيضاً أن يسكن شخص منزلاً لآخر دون عقد إيجار، فيفتقر صاحب المنزل بما فاته من منفعة هى أجرة منزله. ومثل ذلك أخيراً المهندس صاحب التصميم، والموسيقى صاحب اللحن، والعارف بالأنساب الذى هدى الوارث إلى ميراثه، والسمسار الذى جمع ما بين البائع والمشترى، كل هؤلاء افتقروا بما فاتهم من منفعة هى أجر عملهم، فافتقارهم إذن سلبى[١].

ويلاحظ أن الافتقار السلبى لا يقابله ضرورة إثراء سلبى. فكثيراً ما يحدث أن يقابل الافتقار السلبى إثراء إيجابى، كما هو الأمر فى الحالات المتقدمة وفى كل حالة أخرى يقدم فيها المفتقر عملا أو منفعة للمثرى، فإن الإثراء الناتج عن العمل أو المنفعة يكون إثراء إيجابياً ويكون الافتقار المقابل لهذا الإثراء افتقاراً سلبياً كما رأينا. وبالعكس قد يقابل الإثراء السلبى افتقار إيجابى، فمن يدفع دين غيره يفتقر افتقاراً إيجابياً يقابله إثراء سلبى فى جانب المدين.

٧٦٧- الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر: وعلى العكس من ذلك الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر، فكل افتقار مباشر يقابله إثراء مباشر، وكل افتقار غير مباشر يقابله إثراء غير مباشر. ذلك أن القيمة المالية إذا انتقلت مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى فإن كلا من الإثراء والافتقار يكون مباشراً فى هذه الحالة. وإذا انتقلت القيمة المالية بتدخل أجنبى، تدخلا ماديا أو تدخلاً قانونياً، فكل من الإثراء والافتقار غير مباشر. وقد مرت بنا الأمثلة على كل ذلك.

٧٦٨- الافتقار المادى والافتقار المعنوى: وإذا كان الأصل فى الافتقار أن يكون مادياً كما مر بنا فى الأمثلة المتقدمة، فإنه كالإثراء قد يكون معنوياً. فالشخص الذى نفع متجراً بصلاته التجارية الواسعة لم يفتقر افتقاراً مادياً بل معنوياً[٢]. وهذا هو الشأن فى افتقار المهندس الذى يعمل فى مصنع فيعثر على اختراع يفيد منه المصنع[٣].

=هـ- الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبنى عليه انحلاله ولا يكون رجوع المقاول - الذى أخل بالتزامه - بقيمة ما استحدثه من اعمال إلا استنادا إلى مبدأ الاثراء بلا سبب لا إلى العقد الذى فسخ وأصبح لا يصلح أساسا لتقدير هذه القيمة.
(جلسة ١٩٧٠/٣/١٧ الطعن ٥٨٣ لسنة ٣٥ق س٢١ ص٤٥٠)

(١) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص٥٣.

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٢٦٥ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم).

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٣٣٨.

٧٦٩- السببية المباشرة بين الافتقار والاثراء: ولا يكفى أن يتحقق الافتقار. بل يجب أيضاً، كما أسلفنا القول، أن يكون هذا الافتقار هو السبب المباشر فى إثراء المدين. وتقوم السببية المباشرة ما بين الافتقار والإثراء إذا كانت واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل منهما، كما رأينا فى الأمثلة التى قدمناها فى الصور المختلفة للإثراء والافتقار. فإذا دفع شخص دين غيره، فإن افتقاره وإثراء المدين لهما سبب مباشر واحد، هو دفع الدين. وليس من الضرورى أن تكون واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل من الإثراء والافتقار، بل يكفى حتى تقوم هذه السببية المباشرة التثبت من أن إثراء المدين لم يكن ليتحقق لولا افتقار الدائن. وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون، يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف القضية ولا معقب عليه فى ذلك[١].

وعند تعدد أسباب الإثراء يجوز أن نحلل علاقة السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار على النحو الذى حللنا به علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر فى المسئولية التقصيرية. ويمكن هنا أيضاً المفاضلة بين نظريتى تكافؤ الأسباب (équivalence des causes) والسبب المنتج (cause efficiente)، والوقوف عند نظرية السبب المنتج للقول بوجود سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء. فإذا تبين أن الافتقار كان هو السبب المنتج للإثراء وجدت العلاقة المباشرة فيما بينهما.

ويترتب على ما قدمناه أن المدينة إذا اتسعت رقعتها وعلت قيمة مبانيها، فليس من الضرورى أن تكون هناك سببية مباشرة ما بين اتساع رقعة المدينة وعلو قيمة المبانى. فعلو هذه القيمة يرجع لأسباب متعددة قد يكون اتساع رقعة المدينة من بينها، ولكن هذا السبب لا يكون فى الراجح هو السبب المنتج، إذ أن المبانى فى كثير من المدن الصغيرة عالية القيمة، بل يحدث أن يكون صغر المدينة هو السبب فى علو قيمة المبانى[٢]. ولكن توسيع شارع قديم أو فتح شارع جديد يكون فى كثير من الأحوال هو السبب المنتج فى غلو قيمة الأرض الواقعة على جانبى الشارع[٣].

(١) مارافان مجلة مصر العصرية ص٩١ - ص٩٣ - ديموج٣ فقرة ١٥٦ - أوبرى ورو وبارتان ٩ ص٣٥٨ - بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٥.

(٢) أنظر فى هذا المعنى ديموج ٣ فقرة ١٥٦ ص٢٥١.

(٣) ويؤيد ذلك القوانين الخاصة التى تجعل للحكومة الحق فى تقاضى تعويض من ملاك الأراضى على جانبى الشارع الجديد فى مقابل ما ظفروا به من علو قيمة أراضيهم بسبب هذا الشارع الجديد.
هذا وهناك رأى يقضى بأنه إذا كان افتقار الدائن مقترناً بخطأ منه، فلا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء (كولان وكابيتان وجوليودى لاموراندير٢ باريس سنة ١٩٤٨ فقرة ٤١١ ص٢٩٩ - بلانيول وريبير وبولانيجه٢ باريس سنة ١٩٤٩ فقرة ١٢٦٩ - ذهنى بك فى نظرية الالتزام فقرة ٧٠٦). ويستند هذا الرأى إلى حكم صدر من محكمة النقض الفرنسية (١١ يولية سنة ١٨٨٩ داللوز ١٨٨٩ -١-٣٩٣) فى قضية ثبت فيها أن مصرفاً أعطى مديناً قرضاً ليفى بدين عليه مضمون برهن فى الدرجة الأولى، وأهمل المصرف فى أن يقوم بإجراءات الحلول محل الدائن المرتهن الأول، وترتب على هذا الأهمال أن الدائن المرتهن فى المرتبة الثانية ارتفع إلى المرتبة الأولى. فرجع المصرف على هذا =

المبحث الثالث
انعدام السبب
(Absence de cause)

٧٧٠– تجرد الإثراء عن سبب يبرره: يجب، حتى تقوم دعوى الإثراء، أن يتجرد الإثراء عن سبب يبرره. ذلك أن الإثراء إذا كان له سبب فلا محل لاسترداده، وللمثرى أن يحتفظ به مادام أن له سبباً يبرر الحصول عليه[1].

ولكن الفقهاء اختلفوا فى تحديد معنى «السبب». وكان هذا الاختلاف من أهم العوامل فى تعقيد نظرية الإثراء وفى الغموض الذى أحاط بها حقبة طويلة، ونحن نستعرض فى إيجاز بعضاً من هذه الآراء الفقهية المتعارضة، ثم نبين معنى «سبب الإثراء» فى القانون المصرى الجديد.

اختلاف الفقهاء فى تحديد معنى السبب:

٧٧١– المعنى الأدبى: يرى الأستاذ ريبير في مؤلفه المعروف «القاعدة الأدبية»[2] أن المعنى المقصود من السبب هو معنى أدبى. وعنده أن الإثراء يكون له سبب إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى ما أفاد من الإثراء دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر. ولذلك نراه يسمى الإثراء بلا سبب «الإثراء غير العادل» (enrichissement injuste). وهو يترك للقاضى تقدير ما إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى إثراءه فلا يحكم بالرد، وإلا حكم به. ويذهب الأستاذ بنكاز (Bonnecase) هو أيضاً إلى هذا المعنى الأدبى[3].

=الدائن بدعوى الإثراء إذ قد استفاد من افتقار المصرف فأصبح فى المرتبة الأولى وجاء المصرف بعده فرفضت المحكمة دعوى المصرف، وبنت حكمها على أن المصرف قد أهمل فى عدم اتخاذ إجراءات الحلول. والرأى الصحيح فى نظرنا أن المصرف ترفض دعواه لا لأنه أهمل فى عدم اتخاذ اجراءات الحلول كما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بل لأن الدائن الذى ارتفع إلى المرتبة الأولى قد أثرى بسبب مشروع إذ استفاد بمقتضى مركز قانونى وضعه فيه القانون، وسنرى تفصيل ذلك فى الكلام عن سبب الإثراء.

ولا يوجد فى القواعد العامة التى يقوم عليها مبدأ الإثراء بلا سبب ما يؤيد الرأى الذى ننقده. ذلك أنه متى ثبت أن شخصاً افتقر فاغتنى غيره على حسابه دون سبب مشروع، فإن العدالة تقضى بتعويض المفتقر، سواء اقترن افتقاره بإهمال منه أو لم يقترن. وإنما وجب التعويض لأن أحد الشخصين أثرى على حساب الآخر دون سبب مشروع، وهذا الأساس قائم سواء كان المفتقر مهملا أو غير مهمل. يؤيد ذلك أن التطبيقات التشريعية لمبدأ الإثراء بلا سبب لم يخل بعضها من أن يكون المفتقر فيها مهملا بل سيئ النية. فمن بنى أو غرس فى أرض غيره ولو بسوء نية لم يحرم من التعويض (م٩٢٤). كذلك لم يميز المشرع فيمن يتعامل مع ناقص الأهلية بين حسن النية وسيئها فكلاهما يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء فيما إذا طلب ناقص الأهلية إبطال العقد (م١٤٢).

(أنظر فى هذا الموضوع الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٣ وقد نقلنا عنه ما قدمناه فى هذا الصدد – الدكتور حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٥٣٦ فى آخرها).

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ فقرة ٤٠ ص٣١٥.

(٢) فقرة ١٤٧. (٣) ملحق مبسوط بودرى ٣ فقرة ١٧٦ وفقرة ١٨٠ وفقرة ١٨٢.

وغنى عن البيان أن ترك قاعدة الإثراء بلا سبب إلى معنى غامض غير محدد، هو المعنى الملائم للعدالة، يجرد القاعدة من كل أسباب الثبات والاستقرار.

٧٧٢– المعنى الاقتصادى القانونى: وتذهب طائفة أخرى من الفقهاء إلى أن للسبب معنى اقتصادياً قانونياً. فالسبب هو العوض (compensation) عن الإثراء، وما دام للإثراء عوض فهو لا يسترد. غير أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فيما بينهم عندما يحاولون تحديد معنى «العوض».

فيرى الأستاذ مورى (Maury) أنه هو البديل (équivalent) من الناحية الاقتصادية والحق الأدبى (droit moral) من الناحية الخلقية[1].

ويرى الأستاذ رواست (Rouast) أن العوض ينطوى على معنى أعم من معنى البديل، هو المقابل (contre-partie). ويختلف «المقابل عن «البديل» فى أن للمقابل معنى قانونياً. فأى «مقابل» يصلح قانوناً لأن يكون عوضاً للإثراء يمنع من الاسترداد[2].

ويرى الأستاذ ديموج أن العوض هو «النظير» (contre-prestation) الذى يرجح حق المثرى فى استبقاء الإثراء على حق المفتقر فى استرداده[3].

وكل هذه المعانى مبهمة كما نرى، ينقصها التحديد، ويحوطها الغموض[4].

---

(١) أنظر مؤلفه «بحث فى معنى التعادل فى القانون الفرنسى» (Essai sur le rôle de la notion d'quivalence en dr. civ. fr) جزء ٢ ص٣٥٢.

(٢) رواست المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢ ص٦٠ وما بعدها – أنظر أيضاً بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٨.

(٣) ديموج٣ فقرة ١٦١ وما بعدها.

(٤) أنظر بحثاً فى هذه المعانى المتضاربة فى رسالة الدكتور محمود أبو عافية «التصرف المجرد» القاهرة سنة ١٩٤٧ ص١٨١ – ص١٨٥ (النسخة الفرنسية).

ونجد فى هذه الرسالة بحثاً فى تحديد معنى السبب فى الإثراء فى القانون الألمانى. ويستخلص من هذا البحث أن القانون الألمانى لا يقف عند معنى واحد للسبب. ففى الأعمال القانونية التى يترتب عليهما نقل حق من ذمة إلى أخرى (actes d'attribution patrimoniale) يقوم التصرف إما على سبب الوفاء (cause solvendi) أو على سبب الدائنية (cause credendi) أو على سبب التبرع (cause donandi). والسبب هنا هو الغرض الشخصى المباشر الذى يقصده المتصرف وهو أقرب ما يكون إلى السبب فى العقد فى النظرية الفرنسية التقليدية. فإذا كان التصرف مجرداً (acte abstrait) ولم يكن له سبب من هذه الأسباب الثلاثة، فإنه يبقى مع ذلك صحيحاً. لكن إذا نفذه الدائن جاز للمدين أن يسترد ما دفعه بدعوى الإثراء بلا سبب. ونرى من ذلك أن معنى «السبب» فى الإثراء هو نفس معنى «السبب» فى العقد. هذا إذا كان الإثراء آتياً من تنفيذ تصرف مجرد. أما إذا أتى الإثراء من عمل إرادى صادر من المثرى (بنى فى أرضه بأدوات غيره) أو عمل إدارى صادر من أجنبى (بنى فى أرض غيره بأدوات شخص ثالث) أو واقعة طبيعية (طرح البحر)، فيعتبر أن الإثراء له سبب إذا كان هناك مصدر قانونى يكسبه للمثرى (تقادم أو حسن نية أو انقضاء ميعاد أو قوة الشئ المقضى). (أنظر الرسالة فى نسختها الفرنسية ص١٤٧ – ص١٧٩).

وينعى الدكتور أبو عافية على القانون الألمانى هذا الازدواج فى معنى السبب وما يلقيه فى نظرية =

معنى السبب فى القانون المصرى الجديد:

٧٧٣- السبب هو المصدر القانونى المكسب للإثراء: والقانون المصرى الجديد قاطع فى تحديد معنى السبب. فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يستخلص منه فى وضوح أن السبب هو المصدر القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء فيجعل له الحق فى استبقائه(١).

فالسبب إذن له معنى قانونى بحت، فلا يمت لاعتبارات أدبية كما يقول ريبير ولا لاعتبارات اقتصادية كما يرى مورى. وهذا المعنى هو أن يكون للمثرى حق قانونى فى كسب الإثراء الذى حصل عليه. والحق هذا لا يعدو مصدره أن يكون أحد المصدرين اللذين تتولد منهما كل الحقوق: العقد أو القانون.

والأولى أن نقف عند هذا المعنى المحدد المنضبط، فتكسب نظرية الإثراء بلا سبب من

=الإثراء بلا سبب من اضطراب وتعقيد، فيقول: «تلك هى النظرية الأساسية فى الإثراء بلا سبب أوجزنا حدودها فيما تقدم. وهى كما ترى لها خاصية بارزة، هى أنها تأخذ السبب القانونى للاثراء على معنيين. فإذا كان مصدر الإثراء تصرفاً قانونياً (إضافة إلى الذمة) أخذته على معنى الغرض الشخصى (Ziveck) الذى يقصده المفتقر. أما إذا كان الإثراء واقعة قانونية أخذته على معنى السبب المنشئ (Rechtsgrund) ومرجعه إرادة القانون. ولا غرابة إذن فى أن يسلم الفقه الألمانى باستحالة وضع صيغة واحدة لفكرة السبب فى الإثراء تغطى جميع الفروض. فكيف يمكن إعطاء صيغة واحدة لفكرة لها معنيان، أحدهما يربطها بإرادة الأفراد والآخر يربطها بإرادة القانون؟ هذه الصيغة المزدوجة - رغم إجماع الفقه الألمانى عليها - تبدو لنا مفككة متناثرة الأجزاء. فالغرض الشخصى ومرجعه الإرادة الخاصة والسبب المنشئ ومرجعه إرادة القانون هما فكرتان تناقض إحداهما الأخرى بحيث لا تستسيغ جمعهما تحت عنوان واحد هو «السبب فى الإثراء»... إن العيب فى هذه النظرية يرجع - بصفة خاصة - إلى الطريقة الفنية التى اتبعها الفقه الألمانى لحل مشكلة السبب فى الإثراء. فقد رأينا هذا الفقه يبدأ بالسؤال الآتى: متى يكون الإثراء بلا سبب؟ وبعد أن يرفض الإجابة عليه بصيغة عامة يأخذ فى معالجة مختلف فروض الإثراء بلا سبب كما هى معروفة فى القانون الرومانى، وكل ما يمكن أن يقال لصالح هذه الطريقة هو ما فيها من يسر جاء من كونها تقليدية مرونة وسائدة فى ألمانيا منذ دخول القانون الرومانى فيها إلى يومنا هذا. ولكنها طريقة تنطوى على عيب خطير هو إغفال المسألة الأساسية فى مادة الإثراء، وهى إيجاد صيغة عامة لعنصر السبب تشمل جميع الأحوال دون أن تتغير طبيعة هذا العنصر بتغير الفروض. ونحن لا نصدر فى ذلك عن مجرد التمسك بالاعتبارات المنطقية وإن كان فيها ما يبرر البحث عن صيغة واحدة لإيضاح العلاقات القانونية، ولكننا فضلا عن ذلك نرى أنا ما دمنا لم نصل إلى تلك الصيغة فإن مبدأ الإثراء نفسه يظل قاصراً مقلقلا. فتحديد طبيعة السبب فى الإثراء هو الأساس الذى تبنى عليه نظرية الإثراء وترسم حدود تطبيقها» (رسالة الدكتور أبو عافية فى نسختها العربية ص١٨٢ - ص١٨٣ - أنظر أيضاً ص١٩٢ - ص١٩٦).

(١) ورد فى هذه المذكرة ما يأتى: (والشرط) الثالث ألا يكون للإثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبررهما، فلا يجوز للواهب مثلا أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب، لأن بين العاقدين تصرفا قانونياً هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما وإثراء الآخر» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٤١).

وراء ذلك ثباتاً وصلابة، وتزداد إحكاماً ودقة، وينزاح عنها هذا الجو من الغموض والتحكم الذى كان يسودها فى الماضى. وإذا كان القانون المصرى الجديد قد آثر هذا المعنى المحدد، فذلك لأنه هو المعنى الذى يقول به الفقه فى مصر(١)، وكثير من الفقهاء فى فرنسا(٢)، وهو المعنى الذى جرى به حكم القضاء فى البلدين(٣).

ويبقى أن نستعرض «السبب» بهذا المعنى فى كل من مصدريه. عقداً كان المصدر أو حكماً من أحكام القانون.

٧٧٤- السبب فى الإثراء عقد: قد يكون السبب الذى كسب المثرى به الإثراء هو العقد فيمتنع الرد(٤). ويغلب أن يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً ما بين المثرى والمفتقر(1). فالطبيب إذا تعاقد مع المريض منعه العقد من الرجوع بدعوى الإثراء. والمقاول إذا تعاقد مع العميل بأجر إجمالى منعه العقد من المطالبة بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى التصميم تعديل أو إضافة(٥) (م٦٥٨). وما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٧ - فقرة ٣٨٩ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٨- مارافان (مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩) ص١٠٢ - ص١٠٤ - الدكتور شفيق شحاته (جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٣٨١ - ٨و٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤). الدكتور محمود أبو عافية فى رسالته «التصرف القانونى المجرد» (نسخة فرنسية ص١٨٥ - ١٨٩) - قارن والتون ٢ ص١٨٨ - ص١٩٠.

(٢) مبسوط بودرى ١٥ فقرة ٢٨٤٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٢٧٠ - كولان وكابيتان٢ فقرة ٤١٣ - (ويقتصران على العقد سبباً للاثراء) - جوسران٢ فقرة ٥٧٢ - فيرنيو (Vergniaud) رسالة من باريس ١٩١٦ ص٢١٦ - بوديشتيانو (Budishteano) رسالة من باريس ١٩٢٠ ص١٠٦ - موسيو (Mosiou) رسالة من باريس ص٢٣٦.

(٣) محكمة النقض الفرنسية فى ٩ مايو سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣-١-٢٥١- وفى ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩-١-١٠٥- وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ٢٣-١-٦٤- وفى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤-١-١٢٩- وفى ١١ فبراير سنة ١٩٣١ داللوز ١٩٣١-١-١٢٩- وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤٠-١-١- وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ داللوز الأسبوعى ١٩٤٤ ص٥٨ - وفى ١٧ مايو سنة ١٩٤٤ جازيت دى باليه ١٩٤٤-٢-٧١. أما القضاء المصرى فسنعرض له تفصيلا فيما يلى.

(٤) محكمة الإسكندرية المختلطة فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٢٥٥ ص٢٥٦

(٥) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص٥٣- وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٥٣ (قارن مارافان ص١٠٥ وهو يجعل السبب هنا القانون لا العقد).

(1) متى تبين ان الاتفاق المعقود بين المنتفع والشركة التى كان ممنوحا لها التزام الكهرباء بالقاهرة مقتضاه أن يساهم المنتفع فى تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية إلى مصنعه بمبلغ معين وقد التزمت الشركة المستغلة باجراء رد عائد مقدر على ما يستهلكه المنتفع سنويا وأن هذا الرد يظل ما دامت هذه الشركة قائمة بتوريد التيار الكهربائى وعلى ألا يتجاوز مجموع العائد المرتد قيمة ما ساهم به المنتفع فى تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية فان مفاد ذلك أن ما تعهدت الشركة المستغلة برده مما ساهم به المنتفع فى التكاليف لا يمكن أن يتجاوز مجموع العائد المرتد طوال مدة قيام الشركة المستغلة أو ما ساهم به المنتفع أيهما أقل ويعتبر كل ما دفع استنادا إلى هذا العقد مدفوعاً بسبب صحيح ولا يعتبر اثراء بلا سبب قانونى لان العقد قانون المتعاقدين.

(جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠ الطعن ١٤٨ لسنة ٢٣ق س٨ ص٥٤٦).

يكون من حق رب العمل إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الابتداع أو إذا كان رب العمل قد اشترط فى العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات (م٦٨٨ فقرة٢)، وعقد العمل هو الذى يمنع العامل من الرجوع إلى رب العمل[١]. وإذا اشترط المؤجر أن يتملك عند نهاية الإيجار التحسينات التى يدخلها المستأجر فى العين المؤجرة امتنع على المستأجر الرجوع على المؤجر بتعويض عن هذه التحسينات لأن عقد الإيجار هنا سبب قانونى يمنع من هذا الرجوع[٢]. وإذا أمن شخص على منزله من الحريق واحترق المنزل، فأعادت شركة التأمين بناءه تنفيذاً لعقد التأمين، كان إثراء المؤمن بقيمة الفرق بين المنزل بعد أن أعيد بناؤه وقيمته فى حالته الأصلية سببه عقد التأمين فلا ترجع شركة التأمين عليه بدعوى الإثراء[٣]. وإذا أحسن الوكيل الإدارة حتى زاد الريع زيادة كبيرة فلا رجوع له على الموكل بدعوى الإثراء لأن عقد الوكالة يمنع من ذلك[٤]. ولا يجوز للبائع أن يرجع على المشترى بدعوى الإثراء لمطالبته بباقى ثمن المبيع لأن عقد البيع هو مناط تحديد حقوق كل من المتعاقدين[٥].

(١) وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ ذاتها على أنه «إذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية، جاز للعامل فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة. ويراعى فى تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها رب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشآته». ونرى فى هذا الفرض الخاص أن عقد العمل لا يكفى سبباً لجميع ما عاد على رب العمل من الإثراء، وأن بعضا من هذا الإثراء يبقى دون سبب وهو الذى يرجع به العامل على رب العمل.

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اشترط فى عقد الإيجار أن جميع التحسينات والإنشاءات التى يجريها المستأجر فى العين المؤجرة تكون للمؤجر عند نهاية الإيجار، فلا يجوز للمستأجر أن يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر من أجل بئر ارتوازى أحدثه ضمن المنشآت التى أقامهما وركب عليه آلة رافعة فأصبح كل ذلك عقاراً بالتخصيص. ومع ذلك إذا كان من الثابت أن إحداث البئر الارتوازى لم يكن وارداً فى عقد الإيجار، وأن الماء الآتى من هذا البئر ساعد كثيراً على تحسين الأرض، كان من العدل أن تقع مقاصة بين ما فى ذمة المستأجر للمؤجر بسبب عدم تحسينه جزءاً من الأرض المؤجرة وما فى ذمة المؤجر للمستأجر بسبب مبادأته الموفقة بإنشاء البئر الارتوازى (استئناف مختلط فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٥٨). وظاهر أن محكمة الاستئناف لم تجعل عقد الإيجار سبباً يشمل الإثراء الآتى من البئر الارتوازى لأنه لم يكن وارداً فى العقد، واعتبرت هذا الإثراء دون سبب، وقاصته فى دين على المستأجر نشأ من عدم تحسينه لجزء من الأرض المؤجرة.

وسنرى عند الكلام فى الفضالة أن المستأجر الذى يستحدث إصلاحات فى العين لمنفعته الشخصية لا يعتبر فضولياً.

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٨. وانظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ يولية سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤-١-١٨١.

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤١٥.

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه «حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير، بل تكون أحكام العقد هى مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر. فإذا كان الثابت بالحكم أن البائع طالب المشترى منه بباقى الثمن المقسط على ثلاثة أقساط، ثم عدل طلباته إلى طلب الحكم له بباقى القسطين الأولين، موصوفاً هذا الباقى =

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المثرى والغير دون أن يكون المفتقر طرفاً فيه. ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء يمنع المفتقر من الرجوع على المثرى. مثل ذلك مستأجر يستحدث تحسينات فى العين المؤجرة، ويتركها للمؤجر عند نهاية الإيجار طبقاً للعقد، فيكون عقد الإيجار هذا مانعا من الرجوع على المؤجر. لا من المستأجر فحسب وقد رأينا هذا فى مثل متقدم، بل أيضاً من الدائن الذى عجل للمستأجر نفقات هذه التحسينات أو من المقاول الذى قام بها دون أن يقبض أجر عمله، مع أن الدائن والمقاول لم يكونا طرفاً فى عقد الإيجار وهو السبب القانوني لإثراء المؤجر بقيمة هذه التحسينات علي حساب الدائن أو المقاول. والمثرى فى هذا المثل هو المؤجر(1)، والمفتقر هو الدائن أو المقاول، وسبب الإثراء هو عقد الإيجار الذى أبرم بين

= خطأً بأنه باقى الثمن، وقضى له بذلك، ثم أراد أن يطالب بالأقساط الثلاثة الباقية، ولتصور أنه قد سد فى وجهه طلبها باعتبارها باقية من ثمن المبيع، أقام دعواه بالمطالبة بها على نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير، ومحكمة الموضوع حكمت، بعد استعراض وقائع الدعوى، بأنه لا محل للاستناد إلى هذه النظرية، وبأن حق البائع فى المطالبة بالأقساط الباقية القائم على أساس الشراء لا يزال بابه مفتوحاً أمامه، فإن قضاءها بذلك سليم لا مطعن عليه» (نقض فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٤ ص١٥٧).

هذا وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه « متى كان هناك عقد يحكم علاقات الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء على حساب الغير، فإن هذه القاعدة هى مصدر لا تعاقدى للالتزام فلا يكون لها محل حيث يوجد التعاقد. فإذا كان المستأجر قد التزم فى عقد الإيجار بأجرة رى الأرض، وتعهد بأن يدفع الأموال الأميرية على أن تخصم له من أجرة الأطيان، ثم دفع للصراف على ذمة الأموال مبالغ تزيد على قيمة المستحق منها على الأطيان المؤجرة، فخصمت له الحكومة الزيادة من أجرة الرى الملتزم هو بها، ثم خصمتها المحكمة من أجرة الأطيان على أساس أن دفعها إنما كان على ذمة الأموال، وحفظت للمؤجر أن يرجع بها على المستأجر بدعوى الإثراء على حساب الغير، فإنها تكون قد أخطأت» (نقض فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص٤٣٩). وكان الواجب ألا تخصم محكمة الموضوع من أجرة الأطيان ما دفعه المستأجر من الزيادة على الأموال المستحقة، لأن هذه الزيادة لم يثر بها المؤجر إذ أن الحكومة خصمتها من أجرة الرى وهذه دين شخصى فى ذمة المستأجر، فلا يرجع المستأجر بهذه الزيادة على المؤجر، لا لأن هناك سبباً للاثراء يمنع من الرجوع، بل لأن الإثراء ذاته غير موجود. ومتى امتنع رجوع المستأجر على المؤجر بالزيادة لم يصبح هناك محل لرجوع المؤجر على المستأجر بدعوى الإثراء أو بغيرها من الدعاوى - هذا هو فى نظرنا الوضع القانونى الصحيح للقضية التى نحن بصددها.

(1) أ- إذا كان الثابت أن علاقة الطاعن والمطعون عليه الأول يحكمها عقد ايجار مبرم بينهما ، فلا محل فى تطبيق قواعد الاثراء بلا سبب لوجود رابطة عقدية وتكون احكام العقد هى المرجع فى تحديد حقوق وواجبات كل من الطرفين قبل الآخر.

(جلسة ١٩٧٧/١١/١٢ الطعن ٥ لسنة ٤١ق)

(جلسة ١٩٦٨/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص١٣٧١)

ب- انفاق المستأجر مصروفات على اصلاح الوابور واحياء الموات بالعين المؤجرة له، وهى من المصروفات النافعة التى لم يثبت حصول الاتفاق عليها - وليست من المصروفات الضرورية لحفظ العين من الهلاك، فلا محل معه للرجوع بهذه المصروفات استنادا إلى قاعدة الاثراء بلا سبب ما دام أن هناك عقد يحكم علاقة الطرفين إذ أن للاثراء والافتقار سببا مشروعا هو عقد الايجار القائم بين =

المثرى (وهو المؤجر) وشخص آخر غير المفتقر (وهو المستأجر)(1) – ومثل ذلك أيضاً شخص يثرى على حساب آخر، ويهب ما أثرى به إلى شخص ثالث، فلا يستطيع المفتقر في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له، لأن هذا قد أثرى بسبب قانوني وهو عقد الهبة، وإن لم يكن المفتقر طرفا على هذا العقد(2).

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المفتقر والغير دون أن يكون المثرى طرفاً فيه، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء. مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع وكيل

=الطرفين، ولان هذه المصروفات قد افاد منها المستأجر طوال مدة استغلاله للعين، فينعدم بذلك قانونا شرط افتقار المستأجر الذى هو شرط جوهرى لدعوى الرجوع.
(جلسة ١٠/٥/١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص١٠٦٤)

(1) وقد قدمنا عند الكلام في الإثراء غير المباشر أنه لم يكن في عقد الإيجار شرط يجعل التحسينات من حق المؤجر عند نهاية الإيجار، فلا يصلح عقد الإيجار لأن يكون سبباً لإثراء المؤجر، ويجوز للمقاول في هذه الحالة الرجوع على المؤجر بدعوى الإثراء (قارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣ ص٣٠٠ – ص٣٠١ – الأستاذ حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٧ – وانظر بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٩.

(2) وهذه حالة تلفت النظر، فقد يكون الواهب معسراً فلا يستطيع المفتقر أن يحصل منه على حقه، فإذا أراد الرجوع على الموهوب له لم يجز له ذلك لما قدمناه. والذى يلفت النظر هو أننا قدمنا هنا جلب المنفعة على درء الضرر، إذ الموهوب له، وهو يستبقى منفعة جلبها، يفضل على المفتقر، وهو يسعى لدرء الضرر عن نفسه. ومن أجل ذلك اشتمل المشروع التمهيدى على نص خاص في هذه المسألة (وهو الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من هذا المشروع) وقد جرى على الوجه الآتى: «فإذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولا أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي: «فإذا تصرف المثرى بعوض فيما أثرى به، فليس لمن افتقر حق الرجوع على من صدر له التصرف، لأن هذا الأخير قد أثرى بمقتضى سبب قانوني هو التصرف نفسه. أما إذا كان التصرف على النقيض من ذلك بغير مقابل، فالأصل أن ينحصر حق الرجوع في المثرى ما دام من صدر له التبرع قد أثرى بسبب قانوني هو عقد التبرع. بيد أن المشروع قد أثبت للمفتقر حق الرجوع على من صدر له التبرع بمقدار ما أثرى، مقدماً بذلك درء الضرر على جانب المنفعة، ويكون للمفتقر في هذا الفرض أن يرجع على المثرى أو على من صدر له التبرع، وفقاً لمصلحته في ذلك. فإذا كان مبلغ ما أصابه من خسارة ١٠٠٠ جنيه وبلغت قيمة الإثراء بالنسبة للمثرى ٨٠٠ جنيه، وبالنسبة لمن صدر له التبرع ٩٠٠ جنيه، فمن مصلحة المفتقر أن يرجع على من صدر له التبرع» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٤٢) – ومما يؤسف له أن هذا الحل العادل خلا منه المشروع عند خروجه من لجنة المراجعة، فقد حذفت هذه اللجنة النص المشار إليه بدعوى أنه غير ضرورى. وهذا ما ورد في الأعمال التحضيرية في هذا الصدد: «المشروع في لجنة المراجعة: تليت المادة ٢٤٨ من المشروع واقترح إدخال تعديلات لفظية وحذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٤٣ وقد سبق ذكر ذلك). وأقر البرلمان المشروع خالياً من هذا النص.
أنظر في مثل آخر لعقد مبرم ما بين المثرى والغير يكون سبباً للاثراء محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٢٧ (شخص سرقت منه سندات، وتعاقد اللص مع شخص آخر للحصول على مبلغ من المال في نظير هذه السندات. فلا يجوز لصاحب السندات أن يرجع بدعوى الإثراء على هذا الشخص الآخر لأن العقد المبرم بين هذا الأخير – وهو المثرى – وبين اللص – وهو غير المفتقر – يعتبر سبباً للاثراء. هذا ما لم يكن الشخص الآخر الذى تعاقد مع اللص سيئ النية).

ولكن لا باعتبار أنه وكيل باسمه الشخصى، فلا يجوز له الرجوع على الموكل بدعوى الإثراء، لأن هناك عقداً أبرم بينه (وهو المفتقر) وبين الوكيل (وهو غير المثرى)(1). ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع أحد الشركاء في شركة محاصة، فلا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء على أحد من الشركاء الآخرين، لأن الشريك في شركة المحاصة يتعاقد بأسمه الشخصى لا باسم الشركة ولا باسم أحد من بقية الشركاء، فيكون العقد الذى أبرم مع الشريك مانعاً من رجوع المتعاقد الآخر على بقية الشركاء الذين أثروا من وراء هذا العقد، وذلك بالرغم من أن العقد أبرمه المفتقر مع غيرهم(2).

٧٧٥– السبب في الاثراء حكم من أحكام القانون: وقد يكون سبب الإثراء ليس عقداً بل حكماً من أحكام القانون يصلح أن يكون مصدراً لكسب الإثراء، فيكون قيام هذا السبب مانعاً للمفتقر من الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء، لأن المثرى يكون قد أثرى بسبب قانوني. مثل ذلك العمل غير المشروع يكون سبباً قانونياً يمنع من الرجوع بدعوى الإثراء. فلا يلتزم من أخذ تعويضاً عن ضرر أصابه برد هذا التعويض، لأنه قد كسبه بسبب قانوني هو العمل غير المشروع. ومثل ذلك التقادم يمنع من استرداد الإثراء، فإذا أقر ناظر الوقف بدين على الوقف كان إقراره باطلاً، فإذا رجع الدائن بدعوى الإثراء فيما يتعلق بفوائد الدين فلا يرجع بها إلا فيما يسقط منها بخمس سنين، وما سقط بهذه المدة يمنع التقادم من استرداده(3). كذلك قوة الشئ المقضى يعتبر سبباً مانعاً من دعوى الإثراء، فإذا استبعد أحد دائنى التفليسة بحكم حاز قوة الشئ المقضى لأنه لم يتقدم في الميعاد، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على أمين التفليسة ولا على أحد من سائر الدائنين(4). وإذا لحقت بالموظف إصابة جعلته يستحق معاشاً قبل أن يبلغ السن القانونية، فلا يجوز للحكومة أن تقول إنه أثرى دون سبب بقيمة الاستقطاعات التى كان يجب خصمها من مرتبه إلى حين بلوغ السن، لأن استحقاقه للمعاش بسبب الإصابة هو حكم من أحكام القانون، والقانون هنا هو قانون المعاشات(5). وإذا أهمل المقاول فلم يقيد حق امتيازه ضاع هذا الحق ودخل مع سائر دائنى التفليسة، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على هؤلاء الدائنين، لأن إثراءهم له سبب هو حكم القانون القاضى بوجوب القيد للمحافظة على حق الامتياز(6).

---

(1) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص١١٢.
(2) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في أول مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٦٨. ومع ذلك أنظر حكماً منها بغير هذا المعنى في ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١٥٧.
(3) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت٧ ص١٤٢.
(4) وكذلك إذا لم يتقدم دائن في الميعاد يعارض في قائمة التوزيع النهائية (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٤٨ – وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٣٧).
(5) محكمة النقض الفرنسية في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٣ سيريه ١٩٤٤–١–٤٨ – وانظر أيضاً هنرى وليون مازو في المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٤ ص١٨١.
(6) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤–١–١٢٩– كذلك إذا سدد =

المبحث الرابع
لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقيا وقت رفع الدعوى

٧٧٦- موقف القانون المدني الجديد: ذكرنا في التطور التاريخي لقاعدة الإثراء بلا

=مصرف دائناً مرتهناً وأغفل أن يتخذ الإجراءات القانونية للحلول محله فسبقه رهن قانوني كان متأخراً عن الدائن المرتهن الذى استوفى حقه لم يجز للمصرف الرجوع على صاحب الرهن القانوني بدعوى الإثراء لأن تقدمه على المصرف له سبب هو حكم القانون (محكمة النقض الفرنسية في ١١ يولية سنة ١٨٨٩ داللوز ١٨٨٩ -١-٣٩٣ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم، وقررنا عند الإشارة إليه أن المانع من دعوى الإثراء ليس هو إهمال المفتقر بل هو وجود سبب قانوني للاثراء) - كذلك إذا وضع شخص يده على أرض لا يملكها ورهنها في قرض أقام به بناء على هذه الأرض، ثم استحقت الأرض وقد ملك المستحق البناء بالالتصاق فامتد الرهن القانوني لزوجته إلى هذا البناء، فإن الرهن الذى رتبه واضع اليد على الأرض يبطل لصدوره من غير مالك، ولا يستطيع الدائن المرتهن أن يرجع على الزوجة بدعوى الإثراء لأن إثرائها سبباً قانونياً هو حكم من أحكام القانون. (محكمة باريس الاستئنافية في ٥ يونية سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٨ -٢-١٢٩) - وتقضي المحاكم الفرنسية بأنه إذا قام مدرس بإعطاء تلميذ دروساً خاصة بمقتضى اتفاق مع والد التلميذ، وأراد المدرس الرجوع على الوالد فوجده معسراً، فإنه يستطيع الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء في ماله الخاص لأن التلميذ قد أثرى إثراء عقلياً بفضل هذه الدروس الخاصة (محكمة مونبلييه الاستئنافية في ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩-٢-٢١٣. وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام في الإثراء المعنوى - أنظر أيضاً محكمة إكس الاستئنافية في ١١ أغسطس سنة ١٨١٢ جورنال دى پاليه ١٨١٣ رقم ٦٥٠ - ومحكمة پو الاستئنافية في ١٩ يناير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ -٢-١٩٨). ويرى الأستاذ مارافان (مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص١٠٩) بحق أن المدرس لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التلميذ لأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو التزام والد التلميذ بتعليم ولده، ولكن المدرس يستطيع أن يرجع على التلميذ بدعوى الفضالة لأنه كان يعمل لمصلحته ولمصلحة التلميذ معاً، ودعوى الفضالة خير له من دعوى الإثراء.

وإذا كان ناظر الوقف يعمل دون أجر بعد أن نزل عن أجره، فإن مركزه القانوني من الوقف - وهو ناظره - يمنعه من المطالبة بأجر على أساس أن الوقف قد أثرى على حساب جهوده. فجهوده هذه واجبة بحكم القانون على اعتبار أنه ناظر الوقف، سواء عمل بأجر أو نزل عن أجره. ومن ثم لا نذهب إلى ما ذهبت إليه محكمة النقض في مثل هذه الصورة من أن الرابطة العقدية بين ناظر الوقف وجهة الوقف هي التي تمنع من المطالبة بدعوى الإثراء، إذ الرابطة بين الناظر والوقف هي رابطة قانونية لا رابطة تعاقدية. وهذا هو ما قررته محكمة النقض في هذا الصدد: «الأصل في الوكالة أنها تكون بغير مقابل ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمني يتضح من حالة الوكيل. فإذا استندت المحكمة في أن ناظر الوقف كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة فإنها لا تكون قد خالفت القانون. ولا يقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثرى الوقف على حساب جهوده، فإن دعوى الإثراء على حساب الغير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين وهذه ليست حالته» (نقض ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص٧٢٢).

وهذا مثل آخر لوجود سبب للاثراء هو حكم من أحكام القانون: دائن مرتهن نزل عن مرتبته إلى دائن مرتهن آخر متأخر عنه. وترتب على ذلك أنه تأخر في المرتبة فلم ينل في التوزيع إلا جزءاً من حقه. ولكن الدائن الذى حل محله لم يتمكن لسبب يرجع إلى إجراءات التوزيع من الحصول=

سبب أن هذه القاعدة لم تستقم قاعدة مستقلة إلا منذ عهد قريب، وأنها حتى بعد أن صار لها كيان ذاتي بقيت مغلولة بقيود لا يفسرها إلا ما صاحب القاعدة من تضييق في الماضي، وإلا أنها استعصت على الطفرة فلم تستطع أن تظفر باستقلالها إلا مقيداً بشروط، إذا استطاع تاريخ القاعدة أن يفسرها، فانه لا يستطيع أن يبررها.

وقد ألف الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر أن يقررا، منذ قامت القاعدة مستقلة، أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى، وأن الإثراء الذى يطالب المفتقر باسترداده يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى. والمبتدع لهذين القيدين هما الفقيهان الكبيران أوبرى ورو على ما مر بنا.

وقد بدأ الفقه في فرنسا وفي مصر يكسر من أغلال القيد الأول. ولكنه هو والقضاء بقيا جامدين إزاء القيد الثاني، فظلا يقولان بأن من شروط دعوى الإثراء أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى.

أما القانون المصرى الجديد فقد تكفل بتكسير القيدين معاً كما أسلفنا القول. فهو لم يشترط أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية، ثم هو قد نص صراحة في المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد[1]. فتم بذلك تحرير القاعدة من قيودها، وأقيمت على أساس من المنطق السليم.

وها نحن نستعرض كلا من هذين القيدين لنبرر موقف القانون المصرى الجديد منهما.

=على كل حقه. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للدائن الذى نزل عن مرتبته الرجوع بدعوى الإثراء على من أثرى من الدائنين بسبب عدم تمكين الدائن الذى حل محله من الحصول على كل حقه (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٤٨). ويمكن تعليل ذلك بأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو الأحكام القانونية الواجبة الاتباع في التوزيع.

(١) وهذا ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «وقد اكتفى المشروع بهذه الشروط الثلاثة دون أن يضيف إليها شرطين آخرين نصت عليهما بعض تقنينات تأثرت بما كان مأثوراً من الممانعة أو التحوز في قبول مبدأ الإثراء. فلا يشترط أن يظل الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى (قارن المادة ١٤٢ من التقنين اللبناني وهي تنص على هذا الشرط في حالة الإثراء بحسن نية) بل يكون الرد واجباً ولو زال الإثراء فيما بعد، وهذا ما تقضي به صراحة المادة ٢٤٨ من المشروع (أنظر في هذا المعنى المادة ٢٣٤٣ من التقنين الأرجنتيني). ولا يشترط كذلك ألا يكون للدائن دعوى سوى دعوى الإثراء يستطيع أن يلجأ إليها لاستيفاء حقه، بل يجوز له أن يباشر هذه الدعوى ولو هيأ له القانون طريقاً آخر. ولا يزال التقنين اللبناني (المادة ١٤٢) مبقيا على ما لدعوى «رد غير المستحق» من صفة احتياطية أو تبعية، وقد قصد المشروع إلى إهمال هذا الشرط فتعمد إغفال النص عليه». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٤٢).

المطلب الأول
لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية
١ – القانون الفرنسي

٧٧٧– اتفاق الفقه والقضاء بادئ الأمر على أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية: منذ تحررت دعوى الإثراء وأصبحت دعوى مستقلة، على ما مر بنا في التطور التاريخي لهذه الدعوى، ومنذ أعلنت محكمة النقض الفرنسية «أن دعوى الإثراء بلا سبب، وهي تقوم على مبدأ عادل يحرم الإثراء على حساب الغير، لم يعرض لتنظيمها نص في القانون، فهي لا تخضع في استعمالها لأي شرط معين، ويكفي لقبولها أن يتقدم المدعي بإثبات أنه جعل من يرفع عليه الدعوى يثرى عن طريق تضحية تحملها هو أو عمل شخصي قام به(١)»، ساد شعور قوي بأن تطوراً خطيراً قد وقع، وأن دعوى الإثراء بعد أن كانت ترسف في أغلال التبعية لدعوى الفضالة، أصبحت طليقة من كل قيد، فتحولت من النقيض إلى النقيض، وأنه يجدر البحث عن قيد تنضبط به، فلا تطغى على جميع نواحي القانون.

وسرعان ما عثر الأستاذان أوبرى ورو على هذا القيد، فقررا أنه يشترط في دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك لدى المدعي «دعوى أخرى ناشئة من عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة»(٢). وفهم ذلك على أن دعوى الإثراء هي دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يلجأ إليها المدعي إلا إذا لم يكن لديه أية دعوى أخرى. وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن اعتنقت هذا المذهب في حكمها المشهور الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤(٣). وانعقد إجماع الفقه والقضاء بعد ذلك على هذا المبدأ(٤).

٧٧٨– تزعزع الفقه الفرنسي عن موقفه: ولكن الفقه في فرنسا ما لبث أن تزعزع عن موقفه، وبدأ يتعمق في بحث هذه الصفة الاحتياطية التي خلعها على دعوى الإثراء.

وبدأ هذا البحث الأستاذ بارتان (Bartin)، فتساءل في تعليقه على كتاب الأستاذين أوبرى ورو ماذا يريد الفقيهان بقولهما إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية(٥)؟ ثم أخذ

---

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونية سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢–١–٥٩٦.

(٢) أوبرى ورو الطبعة الرابعة الجزء السادس ص٢٤٦– ص٢٤٧. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨–١–٤١– وما لبثت المحكمة أن أصدرت حكماً آخر في هذا المعنى في ٢ مارس سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠ –١–١٠٢ (أنظر تحليلا لهذا الحكم وتعليقاً عليه للأستاذ كابيتان في كتابه الأحكام الكبرى للقضاء المدني طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص٣٣٥ – ص٣٣٦).

(٤) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٦) – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٧٦– جوسران٢ فقرة ٥٧٤ – ديموج٣ ص٢٨٧– محكمة النقض في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤–١–١٢٩– وفي ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعي ١٩٣٤ ص٥٨٧– وفي ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي باليه ١٩٤٠–٢–١١٤١ وسيريه ١٩٤١–١–١٢١.

(٥) أوبرى ورو مع تعليقات بارتان طبعة خامسة جزء ٩ ص٣٥٥. وقد أول الأستاذ بارتان المعنى المقصود =

الأستاذ رواست (Rouast) يعالج المسألة على وجه أعمق في مقال له معروف(١). وأفاض بعد ذلك الأستاذ ألموزنينو (Almosnino) في بحث الموضوع في رسالة له مشهورة(٢).

=بالصفة الاحتياطية تأويلات ثلاثة: ١) فإما أن يراد بذلك أن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها إلا حيث لا توجد أي دعوى أخرى يتمكن بها الدائن من الوصول إلى حقه. ٢) وإما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت هذه الدعوى الأخرى ما دامت هذه الدعوى قد فقدها الدائن بغير خطأ منه. ٣) وإما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت الدعوى الأخرى ولم يفقدها الدائن ولكنها غير منتجة بسبب إعسار المدين في هذه الدعوى الأخرى.

(١) «الإثراء بلا سبب والقضاء المدني» (المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٢٢ ص٣٥ وما بعدها). وقد ميز الأستاذ رواست في هذا المقال بين فرضين: (الفرض الأول) أن توجد دعوى قائمة لدى الدائن يستطيع الالتجاء إليها بجانب دعوى الإثراء، فهو لا شك يؤثرها على دعوى الإثراء لأنها تيسر له تعويضاً أوفى. وسواء كانت دعوى الإثراء في هذا الفرض دعوى احتياطية أو دعوى أصلية فالواقع من الأمر أن الدائن لا يلجأ إليها ما دام الباب أمامه مفتوحاً عن طريق دعوى أخرى. فدعوى الإثراء في الفرض الذي نحن بصدده دعوى احتياطية على كل حال، إما من طريق القانون أو من طريق الواقع. (والفرض الثاني) أن تكون هناك دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء، ولكنها انسدت أمام الدائن فلم يبق لديه إلا دعوى الإثراء. وميز رواست في هذا الفرض بين حالات ثلاث: أن تكون الدعوى الأخرى قد انسد طريقها لمانع قانوني، أو انسد طريقها بفعل الدائن نفسه، أو انسد طريقها بغير فعله ويكون ذلك عادة بإعسار المدين في الدعوى الأخرى.

(٢) «الإثراء بلا سبب وصفته الاحتياطية» باريس سنة ١٩٣١». وقد بحث ألموزنينو في هذه الرسالة جميع الفروض المتقدمة وأرجعها إلى خمس أحوال: ١) ليس لدى الدائن إلا دعوى الإثراء وحدها. ٢) لدى الدائن دعوى قائمة منتجة غير دعوى الإثراء. ٣) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد لمانع قانوني. ٤) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد بفعله هو. ٥) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد بغير فعله (بسبب إعسار المدين في الدعوى الأخرى).

ففي الحالة الأولى – حالة ما إذا لم يكن لدى الدائن إلا دعوى الإثراء – لا تثار الصفة الاحتياطية لهذه الدعوى، إذ هي الدعوى الوحيدة المفتوحة أمام الدائن، وليس لديه غيرها للمطالبة بحقه.

وفي الحالة الثانية – حال ما إذا كان لدى الدائن بجانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة منتجة– يقول أنصار الصفة الاحتياطية إن الدائن لا يستطيع مباشرة دعوى الإثراء لأن لديه دعوى أخرى قائمة منتجة. ويخالف البعض (ومنهم الموزنينو) هذا الرأي، ويذهبون إلى إعطاء الدائن الخيار بين الدعويين. ولكن ألمزنينو يستثني من ذلك ما إذا كانت الدعوى الأخرى هي دعوى العقد أو دعوى الاستحقاق فتجب دعوى الإثراء، وتصبح هذه دعوى احتياطية.

وفي الحالة الثالثة – حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد لمانع قانوني – لا يجوز الالتجاء إلى دعوى الإثراء حتى لا يداور المانع القانوني وتنجح الحيلة في مخالفته. ومثل المانع القانوني قواعد الاثبات. فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً يزيد على خمسمائة جنيه لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الإثراء ليتمكن من إثبات القرض بالبينة، إذ أن دعوى الإثراء تقوم على واقعة مادية فيجوز إثباتها بجميع الطرق. ولا يبقى أمام المقرض إلا دعوى القرض، وفيها يجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها. ومثل المانع القانوني أيضاً التقادم، فإذا قام تاجر بتوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها وتقادم حقه بانقضاء سنة (م٣٧٨ مدني جديد)، لم يستطع الرجوع بدعوى الإثراء لأن دعوى عقد التوريد قد انسد طريقها لمانع قانوني هو التقادم. ومثل المانع القانوني أخيراً قوة الشئ المقضي، فإذا باع قاصر عقاراً بغبن فاحش ورفع دعوى لتكملة الثمن (م٤٢٥ مدني جديد) فقضي له بالتكملة، ثم نزلت قيمة العقار في يد المشتري إلى أقل من أربعة أخماسه، لم يستطع =

ثم خطا الأستاذ كابيتان خطوة أبعد، فتشكك فى أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية، وتساءل لماذا لا تكون دعوى أصلية(١).

ولكن بالرغم من هذه الحركة الفقهية لا تزال دعوى الإثراء عند جمهور الفقهاء فى فرنسا وعند القضاء الفرنسى(٢) دعوى احتياطية على المعنى الذى قال به أوبرى ورو فيما قدمناه. والسبب فى ذلك، كما لاحظ بحق الأستاذ مارافان (Maravent) فى رسالته(٣)، أن معنى «سبب الإثراء» لا يزال فى فرنسا محل خلاف، ولم ينضبط على الوجه الذى انضبط به فى مصر. وسنرى أن هناك ارتباطاً شديداً بين سبب الإثراء والصفة

= المشترى أن يرجع على القاصر بدعوى الإثراء ليسترد منه التكملة، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى تكملة الثمن قد انسد طريقها لمانع قانونى هو قوة الشئ المقضى.

وفى الحالة الرابعة – حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد بفعله هو – لا يجوز للدائن فى رأى رواست مباشرة دعوى الإثراء ولا الدعوى الأخرى التى انسد طريقها. وهذا معناه أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية جبتها دعوى أصلية فلا تجوز له مباشرتها، ثم إن لدعوى الأصلية انسد طريقها بفعله هو فلا يجوز له أيضاً أن يباشرها. فإذا أقرض مصرف مديناً النقود التى سدد بها دائناً مرتهناً، وأهمل المصرف فى أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحلوله محل الدائن المرتهن، وترتب على ذلك رهناً قانونياً لقصر كان المدين وصياً عليهم سبق المصرف فى المرتبة، فإن المصرف لا يستطيع الرجوع على القصر بدعوى الإثراء (نقض فرنسى ١١ يولية سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩–١–٣٩٣؛ قضية Arrazat)، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى الحلول محل الدائن المرتهن انسد طريقها بإهمال المصرف. وإذا كان شخص يملك كلبا فضل فى غابة للصيد وأفزع الطيور فى الغابة، فأمسك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أياما، فإنه لا يستطيع الرجوع على صاحب الكلب بدعوى الإثراء لما أنفقه عليه من إطعامه (نقض فرنسى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣–١–٤٥٣ : قضية Rolland)، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى الفضالة انسد طريقها بإغفال صاحب الغابة أن يسلم الكلب للبلدية وهى التى تتولى إطعامه تطبيقاً لأحكام قانون ٢١ يونية سنة ١٨٩٨ فى فرنسا. وإذا أهمل المقاول فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لقيد حق امتيازه على بناء أقامه لشخص أفلس، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التفليسة (نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ٢٤–١–١٢٩؛ قضية Marty)، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى حق الامتياز قد انسد طريقها إذا أضاعها المقاول بتقصيره.

أما الأستاذ ألمزنينو فيرى أن دعوى الإثراء فى هذه الحالة هى دعوى أصلية تجوز مباشرتها ولو انسد طريق الدعوى الأخرى بفعل الدائن.

وفى الحالة الخامسة – حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكنها أصبحت غير ذات فائدة بسبب إعسار المدين – فإذا كان المدين لا يستطيع الرجوع على المثرى، جاز للمفتقر أن يرجع عليه بدعوى الإثراء، وتكون هذه الدعوى إذن دعوى أصلية. مثل ذلك أن يتعاقد معلم مع والد التلميذ فى إعطاء التلميذ درساً خاصاً، ويفلس الوالد، فيستطيع المعلم فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على التلميذ (أنظر ألموزنينو ص١٥٧ وفى فروض أخرى ص١٥٨ – ص١٧٣).

(١) أنظر كابيتان فى كتابه الأحكام الكبرى للقضاء المدنى طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص٢٣٦ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا المرجع).

(٢) وقد سبقت الإشارة إلى الفقه والقضاء الفرنسيين اللذين يؤيدان الصفة الاحتياطية للدعوى.

(٣) مارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص١٢٩ – ص١٣١.

الاحتياطية للدعوى، وأنه متى انضبط معنى سبب الإثراء على الوجه الذى أسلفناه والذى أخذ به القانون المصرى الجديد، وفسر هذا السبب بأنه هو المصدر القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء، لم تعد هناك فائدة محسوسة للقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية، ويغنى عن هذا القول تفسير السبب على الوجه المتقدم الذكر. وإذا كانت دعوى الإثراء قد أصبحت، بعد أن انطلقت من عقالها، فى حاجة إلى قيد تنضبط به، فالأولى ألا يكون القيد هو هذه الصفة الاحتياطية المزعومة التى ابتدعها الأستاذان أوبرى ورو، بل يكون هو «سبب الإثراء» مفهوما على المعنى الذى قدمناه فيدخل قيداً فى الدعوى تنضبط به على الوجه المطلوب.

وسنرى الآن أن الفقه والقضاء فى مصر تقدما فى هذا السبيل تقدماً مشهوداً، وأن القانون المصرى الجديد خطا فيه الخطوة الحاسمة.

٢ – القانون المصرى

٧٧٩ – الفقه والقضاء فى مصر: سار الفقه والقضاء فى مصر بادئ الأمر فى الطريق الذى سار فيه الفقه والقضاء فى فرنسا، فقالا بالصفة الاحتياطية للدعوى(١).

ولكن جانباً من الفقه ما لبث أن شق لنفسه طريقاً آخر، وأخذ يتساءل: هل صحيح ما يقال من أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية؟ وننقل هنا ما كتبناه فى «الموجز» فى ظل القانون المدنى القديم.

«تقرر الفقهاء عادة أن دعوى الإثراء على حساب الغير هى دعوى احتياطية. ويريدون بهذا أنه لا يجوز للمدعى الالتجاء إليها إلا إذا أعوزته السبل الأخرى. فإذا كان له سبيل غير دعوى الإثراء، فعليه أن يسلك هذا السبيل. مثل ذلك أن يغتصب شخص مالا لغيره فينتفع به، فهنا يستطيع صاحب المال أن يرجع على المغتصب بدعوى المسئولية التقصيرية فلا يرجع عليه بدعوى الإثراء. وقد يكون للمفتقر طريق آخر، ولكن قبل الغير لا قبل

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ أبريل ١٩٢٩ م٤١ ص٣٤٥ – وفى ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٤٨ – وفى أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٣٧ ۰ إيتاى البارود ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص١١٩٠ (وقد سبقت الإشارة إلى بعض هذه الأحكام). وانظر والتون ٢ ص١٩٠ – ص١٩١ – ذهنى فقرة ٧٠٥ وما بعدها – حشمت أبو ستيت فقرة ٥٢٣ ص٣٨٩ (وقد سبقت الإشارة إلى هذه المراجع) – وينضم الدكتور وديع فرج فى مذكراته إلى رأى من يقولون بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء. ويأخذ على القانون الجديد أنه نفى هذه الصفة عن الدعوى. ثم يقول إن التعديل الذى أدخله القانون الجديد له أثر عميق، إذ يصح تطبيقا لهذا التعديل – بحسب رأيه – أن يختار صاحب الأرض التى بنى فيها أجنبى بحسن نية، فى رجوعه على البانى، بين المطالبة بما تقضى به المادة ٩٢٥ وبين دعوى الإثراء بعد أن أصبحت دعوى أصلية. وواضح أن المادة ٩٢٥ قد تكفلت ببيان حكم البانى بحسن نية فى أرض الغير، وهى تطبيق خاص لدعوى الإثراء، كما أسلفنا القول. فتطبيق هذه المادة إنما هو تطبيق لدعوى الإثراء ذاتها فى حالة من حالاتها الخاصة. فلا يجوز القول بعد ذلك إن لصاحب الأرض أن يختار بينها وبين دعوى الإثراء. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

المشرى، فهنا أيضاً يرجع المفتقر على الغير لا على المثرى. مثل ذلك أن يتفق طبيب مع مريض على معالجته، ويكون المريض قد أمن على نفسه ضد المرض، فلا يرجع الطبيب على شركة التأمين بدعوى الإثراء، بل يرجع على المريض بدعوى العقد. ومثل ذلك أيضاً أن يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين في ذمته، فيكون له، إلى جانب دعوى الإثراء قبل المدين الحقيقي، دعوى دفع مالا يجب قبل الدائن الذى استوفى الدين، فعليه أن يرجع بالدعوى الثانية دون الأولى».

«ونحن لا نرى محلا للقول بأن دعوى الإثراء على حساب الغير دعوى احتياطية. فهى دعوى ككل الدعاوى متى توافرت شروطها أمكن رفعها، حتى لو وجد المدعى أمامه طرقاً أخرى. أما ما يقال من أن الدعوى مبنية على قواعد العدالة، فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عندما تضيق القواعد القانونية، فقول كان يصح فى قانون كالقانون الرومانى حيث كان هناك تمييز بين قواعد العدالة ممثلة فى القانون البريطورى وقواعد القانون ممثلة فى القانون المدنى العتيق، أو فى القانون الإنجليزى حيث كانت قواعد العدالة منفصلة عن «القانون العام». أما الآن فلا تمييز بين قواعد العدالة وقواعد القانون فكلاهما قانون يمكن الالتجاء إليه، ولا يشترط الالتجاء إلى واحد قبل الآخر.

«أما ما قدمناه من الأمثلة التى رأينا فيها المدعى يملك دعوى أخرى غير دعوى الإثراء، فلا نرى فيها ما يمنع المدعى من أن يترك هذه الدعوى الأخرى إلى دعوى الإثراء. فيستطيع صاحب المال أن يترك دعوى المسئولية التقصيرية قبل المغتصب، ويستطيع الطبيب أن يترك دعوى العقد قبل المريض، ويستطيع من وفى دين غيره أن يترك دعوى دفع ما لا يجب قبل الدائن، ويلجأ هؤلاء جميعاً إلى دعوى الإثراء، إلا أنهم لا يفعلون، إذ أن هذه الدعاوى الأخرى أجدى عليهم من دعوى الإثراء، ففيها يستولون على تعويض كامل، أما فى دعوى الإثراء فلا ينالون إلا أقل القيمتين من إثراء أو افتقار..[1]».

هذا ما قلناه فى «الموجز» فى ظل القانون القديم، ولا نزال نقوله حتى اليوم، وفى ظل القانون الجديد[2].

وينحو الدكتور محمود أبو عافية هذا النحو فى رسالته «التصرف القانونى المجرد»، بل هو يربط فى وضوح ما بين «السبب فى الإثراء» والصفة الاحتياطية للدعوى فيقول: «يفسر الفقه فى فرنسا ومصر هذا المبدأ بقوله إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية... وهذا فى رأينا خطأ يؤسف له لشدة ما يترتب عليه من تعقيد لمسألة الإثراء. ولا نرى علة لوجود هذا الخطأ سوى أخذ السبب فى الإثراء بمعنى الغرض الشخصى المنشود. أما إذا أخذناه على معنى السبب المنشئ، فإن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها فى الحالة المذكورة فى المتن

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٩٠– فقرة ٣٩١.

(٢) وهذا مع تحفظ واحد خاص بتحديد معنى «الافتقار» فى الأمثلة التى وردت فى النص، وستعود إليه بالتفصيل فيما يلى.

(حالة المشترى الذى يدفع الثمن دون أن ينتقل إليه ملكية المبيع، فلا يجوز له أن يرجع على البائع بدعوى الإثراء بل يرجع بدعوى البيع) لا لأنها دعوى احتياطية، وإنما لأن الإثراء له سبب هو العقد القائم»[1].

وينهج الأستاذ مارافان (Maravent) فى رسالته هذا المنهج، ويبين فى وضوح وقوة أن الصفة الاحتياطية المزعومة لدعوى الإثراء لا تلبث أن تختفى إذا فهم «السبب فى الإثراء» على الوجه الصحيح[2].

هذا هو الفقه المصرى فى مرحلته الأخيرة قبل صدور القانون المدنى الجديد. أما القضاء فى مصر فكان أقل وضوحاً فى إنكار الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء، ولكن محكمة النقض لم تصرح فى حكم من أحكامها بأن للدعوى هذه الصفة على الرغم مما نسب إليها من ذلك[3].

٧٨٠– القانون المصرى الجديد: وجاء القانون الجديد صدى للفقه المصرى فى مرحلته الأخيرة، مستجيباً لدعوته، جاعلا من دعوى الإثراء دعوى أصلية، مؤكداً بذلك استقلال هذه الدعوى، بعد أن رد إليها اعتبارها، ونفى عنها الصفة الاحتياطية، فرفعها بذلك إلى مرتبة دعوى العقد ودعوى المسئولية التقصيرية.

ويبقى أن نبرر هذا الموقف الحق الذى وقفه القانون الجديد.

إن الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء لا يمكن أن تثار فى أية حالة لا يكون فيها للمدعى دعوى أخرى إلى جانبها. والحالات التى من هذا القبيل كثيرة متنوعة. وقد رأينا أمثلة منها متعددة فيما قدمناه. وهذا هو الميدان الحقيقى لدعوى الإثراء.

أما إذا قامت دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء، فهنا تثار الصفة الاحتياطية المزعومة، ويقال إن المدعى لا يجوز له أن يرجع بدعوى الإثراء لأنها دعوى احتياطية لا

(١) الدكتور محمود أبو عافية: التصرف القانونى المجرد (نسخة عربية) فقرة ٥٢ ص١٩٦ حاشية رقم ٧.

(٢) الدكتور مارافان (Maravent) مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص١٢٤– ص١٤٥.

(٣) ينسب الدكتور حشمت أبو ستيت (فقرة ٥٣٣ ص٣٨٩) إلى محكمة النقض أن قضاءها استقر على أن لدعوى الإثراء صفة احتياطية. ويورد فى سبيل الاستشهاد على ذلك حكماً صدر من هذه المحكمة فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (ملحق القانون والاقتصاد ٣ ص٦٨) تقول فيه «حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بغير سبب على حساب الغير، بل يكون أحكام العقد هى مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر» (أنظر أيضاً مارافان وهو يستشهد على هذا الرأى بنفس الحكم فى ص١٢٧ حاشية ٢). وغنى عن البيان أن الحكم غير صريح فى المعنى المنسوب إلى محكمة النقض. وقد استشهدنا نحن بهذا الحكم ذاته فى صدد أن الإثراء قد يكون سببه عقداً. ومن هنا نرى الارتباط القوى بين الصفة الاحتياطية والسبب فى الإثراء، فإن حكماً واحداً استشهد به على كل من الأمرين.

على أن هذين الأمرين جد مختلفين. فالقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تباشر إذا وجدت بجانبها دعوى أخرى غير القول بأنه إذا وجد للإثراء سبب فلا تقوم دعوى الإثراء، وفرق بين أن يقال إن دعوى الإثراء قائمة ولكنها لا تباشر، وأن يقال إن دعوى الإثراء لا تباشر لأنها غير قائمة.

تجوز مباشرتها إذا وجد سبيل قانونى آخر، فيتعين عليه أن يباشر الدعوى الأخرى دون دعوى الإثراء. مثل ذلك المعير يدفع العارية للمستعير وله فى استردادها دعوى العارية ودعوى الاستحقاق، فلا يجوز له فى هذه الحالة الرجوع بدعوى الإثراء . ومثل ذلك أيضاً المغتصب لمال الغير، يستطيع صاحب المال أن يرجع عليه بدعوى الغصب، فلا يجوز أن يرجع عليه بدعوى الإثراء.

والصحيح أن المعير فى المثل الأول، إذا كان لا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء، فليس ذلك لأنها دعوى احتياطية، بل لأنها غير قائمة أصلا، إذ المثرى هنا وهو المستعير قد أثرى بسبب قانونى هو عقد العارية كما رأينا فيما تقدم. وسنرى فيما يلى أن «سبب الإثراء» يغنى فى الكثرة الغالبة من الأحوال، كما أغنى فى هذه الحالة، عن الالتجاء إلى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء. أما فى المثل الثانى فلا يوجد ما يمنع صاحب المال من الرجوع على المغتصب بدعوى الإثراء، فهو الخيار بين هذه الدعوى ودعوى الغصب، وإن كان فى الواقع يختار دعوى الغصب إذ هى تهيىء له تعويضاً أوفر. فدعوى الإثراء لا تكون إذن دعوى احتياطية إلا إذا كان ذلك من ناحية الواقع لا من ناحية القانون(1).

(١) وقد رأينا فيما نقلناه على الموجز (فقرة ٣٩٠ – فقرة ٣٩١) مثلين آخرين: (١) يتفق طبيب مع مريض على معالجته ويكون المريض قد أمن على نفسه من المرض. (٢) يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين فى ذمته – وقلنا إننا لا نرى ما يمنع من أن يترك الطبيب دعوى العقد قبل المريض إلى دعوى الإثراء قبل شركة التأمين، وأن يترك من وفى دين غيره دعوى دفع غير المستحق قبل الدائن إلى دعوى الإثراء قبل المدين.

وفى هذين المثلين اجتمعت دعوى الإثراء مع دعوى العقد ومع دعوى دفع غير المستحق. وقد تجتمع مع دعوى المسئولية التقصيرية كما رأينا فى مثل المغتصب لمال الغير الذى أوردناه فى المتن، وكما يقع فى المنافسة غير المشروعة وفى التقليد (contrefaçon) فيجوز للمدعى أن يرجع على المنافس أو المقلد بدعوى المسئولية التقصيرية أو بدعوى الإثراء، وقد تجتمع دعوى الإثراء مع دعوى الفضالة كما إذا كشف نسابه ميراثاً لشخص يجهل أنه وارث، وكما إذا تولى محام عملا لصالح شخص دون توكيل، فيجوز أن يرجع النسابة أو المحامى على من أثرى إما بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء.

ونستخلص من هذه الأمثلة أن دعوى الإثراء هى دعوى أصلية، فإذا اجتمعت مع دعوى أخرى – كدعوى العقدأو دعوى المسئولية التقصيرية أو دعوى دفع غير المستحق أو دعوى الفضالة – كان للمدعى الخيار بينها وبين هذه الدعوى الأخرى. وفى هذا النطاق وحده يمكن أن نتصور أن يقوم دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها.

ويمكن القول –وهذا هو التحفظ الذى أشرنا إليه عندما كنا ننقل عن الموجز– إن دعوى الإثراء حتى فى هذا النطاق لا تقوم. ولعلنا نستطيع الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق تحليل معنى «الافتقار» تحليلا أبعد مدى مما قدمناه. إذ يلاحظ أن الافتقار فى كل هذه الأمثلة يقابله حق ترتب للمفتقر بسبب افتقاره. فالمغصوب ماله كسب بالغصب حقاً فى التعويض قبل الغاصب. والطبيب كسب بالعقد حقاً قبل المريض. والموفى لدين غيره كسب بالوفاء حقاً قبل الدائن. ومن توفس منافسة غير مشروعة أو قلدت بضاعته كسب بالمنافسة غير المشروعة أو بالتقليد حقاً قبل المنافس أو المقلد. والنسابه والمحامى دون توكيل كسبا بالفضالة حقاً قبل الوارث وقبل من ترافع عنه المحامى – فهل إذا كان المفتقر فى الوقت الذى افتقر فيه كسب حقاً يعادل هذا الافتقار ودخل هذا الحق فى ماليته

يقيت الحالات التى تكون فيها الدعوى الأخرى التى قامت إلى جانب دعوى الإثراء قد سد طريقها، فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء لأنها كما يقال دعوى احتياطية، لا الدعوى الأخرى لأن طريقها قد انسد. وجميع الأمثلة التى تورد عادة فى هذا الصدد ست إلا حالات تحقق فيها للإثراء سبب قانونى، فلا يجوز للمدعى أن يرجع بدعوى إثراء، لا لأنها دعوى احتياطية، بل لأنها ليست قائمة. فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً من قود يزيد على خمسمائة جنيه ولم يحصل على دليل كتابى، وأراد المقرض – بعد أن سد أمامه طريق دعوى القرض لمانع قانونى هو انعدام الدليل الكتابى – أن يرجع على مقترض بدعوى الإثراء حتى يتمكن من إثبات القرض بالبينة كواقعة مادية، لم يجز له ك لأن الإثراء هنا له سبب هو عقد القرض(1). وإذا أقرض مصرف مديناً مبلغاً من

= يمكن القول مع ذلك إن افتقاره موجود؟ ألا يجوز أن يقال إن الافتقار هنا قابله حق يعادله فانعدم، فلا تقوم دعوى الإثراء فى جميع الحالات التى قدمناها؟. إذا صح ذلك انمحى كل فرض تقوم فيه دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها، فهذه الدعوى الأخرى إذا قامت تكون إما «سبباً» للاثراء أو «معادلا» للافتقار، وفى الحالتين لا تقوم دعوى الإثراء.

وهذا الرأى له مزيتان: (أولا) أنه يبسط المسألة التى نحن بصددها إلى حد كبير، وبدلا من أن نفرض إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة، ثم نتساءل أيجوز مع قيام هذه الدعوى الأخرى مباشرة دعوى الإثراء، نقرر فى بساطة أن دعوى الإثراء إذا توافرت أركانها لا يمكن أن تقوم إلى جانبها دعوى أخرى. فتصبح مسألة الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء مسألة غير ذات موضوع. (ثانيا) أنه يجعل للافتقار «معادلا» له مزية التحديد الذى جعلناه «لسبب» الإثراء. فكما أن الإثراء قد يكون له «سبب» هو المصدر القانونى الذى أكسب المثرى هذا الإثراء، كذلك الافتقار قد يكون له «معادل» هو الحق القانونى الذى كسبه المفتقر بسبب هذا الافتقار. والافتقار «بمعادل» كالإثراء «بسبب»، كلاهما يعدم فى دعوى الإثراء ركناً من أركانها فلا تقوم.

هذا وقد تجتمع دعوى الإثراء مع الدعوى غير المباشرة، كصاحب أرض يؤجرها ويشترط على المستأجر أن يكون ما يقيمه هذا من بناء ملكا له. ثم يتعاقد المستأجر مع مقاول لإقامة البناء، ويعجز عن الوفاء بالتزامه نحو كل من المقاول وصاحب الأرض، فيلتزم هذا نحو المستأجر أن يعوض المقاول ويستولى على البناء. فللمقاول فى هذه الحالة أن يرجع على صاحب الأرض إما بدعوى الإثراء أو بالدعوى غير المباشرة نيابة عن المستأجر. ولكن دعوى الإثراء هنا لم يوجد إلى جانبها دعوى أخرى للمقاول، فإن الدعوى غير المباشرة ليست إلا دعوى المستأجر يستعملها المقاول نيابة عنه (أنظر محكمة السين الفرنسية فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دى باليه ١٩٠٠–١–٢٩٠ – محكمة الاستئناف المختلطة فى ■ مارس سنة ١٩١٩ م٣١ ص١٨٦ يعارض حكماً آخر فى أول مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢٨٦).

(١) ويرى الأستاذ ناكيه (Naquet) جواز أن يباشر المقرض دعوى الإثراء بشرط إثبات واقعة الإثراء بالكتابة قياساً على الوقائع القانونية التى تنطوى على عقود فإنه يجب إثباتها بالكتابة كما فى جريمة خيانة الأمانة (تعليق على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨–١–٤١).

والصحيح أن دعوى الإثراء هنا لا تقوم لوجود سبب للاثراء هو عقد القرض كما قدمنا.

وهذا هو شأن عقد المقاولة إذا أبرم كتابة بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل (م٦٥٨ فقرة ١ وفقرة ٢ مدنى جديد)، فإذا حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة لم يأذن بهما رب العمل كتابة، وأراد المقاول الرجوع على رب العمل بزيادة فى الأجر، فإنه لا يستطيع الرجوع =

النقود سدد به دائناً مرتهناً، وأهمل المصرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحلوله محل هذا الدائن المرتهن، وترتب على ذلك أن دائناً متأخراً تقدم على المصرف، وأراد المصرف – بعد أن انسد أمامه طريق دعوى الحلول بإهماله– أن يرجع على الدائن المتأخر بدعوى الإثراء، لم يجز له الرجوع بهذه الدعوى لأن إثراء الدائن المتأخر له سبب هو حكم القانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(1). وإذا تعاقد معلم مع والد تلميذ على أن يعطى التلميذ درساً

=بدعوى العقد إذ لا يجوز له إثبات الاتفاق على التعديل أو الإضافة إلا بورقة مكتوبة، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لأن إثراء رب العمل له سبب هو عقد المقاولة الأصلي.

وهذا أيضاً هو شأن كل الفروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى ينسد طريقها لمانع قانوني (أنظر الحالة الثالثة من الحالات الخمس التي بحثها ألموزنينو في رسالته). فإذا قام تاجر بتوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها، وتقدم حقه بانقضاء سنة (م٣٧٨ مدني جديد)، وانسد طريق دعوى العقد بالتقادم، فإن التاجر لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لأن المدعى عليه قد أثرى بسبب قانوني هو التقادم. وإذا باع قاصر عقاراً بغبن فاحش ورفع دعوى لتكملة الثمن فقضى له بالتكملة، لم نزلت قيمة العقار في يد المشترى إلى أقل من أربعة أخماسه، وانسد طريق دعوى تكملة الثمن بصدور حكم نهائي، فإن المشترى لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على القاصر لأن هذا قد أثرى بسبب قانوني هو قوة الشيء المقضى.

وقد رأينا فيما قدمناه من الأمثلة أن المانع القانوني الذي ينسد به طريق الدعوى الأخرى ينقلب فيكون سبباً للاثراء، فيمنع بذلك قيام دعوى الإثراء. فإذا لم ينقلب هذا المانع القانوني سبباً للاثراء، انسد الطريق دون الدعوى الأخرى من غير أن ينسد دون دعوى الإثراء. وهذا قاطع في أن دعوى الإثراء ليست بالدعوى الاحتياطية كما يقال. ونأتي بمثل لذلك: نصت المادة ١٨٤ من القانون المدني الجديد (م٢٠٩/١٤٨ قديم) على أنه «لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم. ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء». فهنا وجدت دعوى استرداد غير المستحق. وانسد طريقها لمانع قانوني وهو تجرد الدائن من سند الدين أو من التأمينات أو سقوط دعواه بالتقادم، ولكن القانون اصطنع هذا المانع بقدر فلم يجعله سبباً للاثراء، وأجاز للغير الذي قام بالوفاء أن يرجع بدعوى الإثراء على المدين الحقيقي. ولا يقال، إذا ترك الدائن دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم، إن التقادم هو سبب للاثراء، ذلك لأن دعوى الدائن وقت أن استوفي الدين أي وقت أن أثرى، لم تكن قد سقطت بالتقادم، والعبرة في الإثراء بوقت وقوعه لا بوقت رفع الدعوى كما سنرى.

(1) وهذا أيضاً هو شأن كل الفروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى ينسد طريقها بفعل الدائن (أنظر الحالة الرابعة من الحالات الخمس التي بحثها ألموزنينو في رسالته). فإذا كان شخص يملك كلباً ضل في غابة للصيد، فأمسك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أياماً متولياً نفقة إطعامه دون أن يسلمه للبلدية، فسد أمامه طريق دعوى الفضالة بفعله، فإن صاحب الغابة لا يستطيع أن يرجع بدعوى الإثراء على صاحب الكلب، لأن هذا إذا كان قد أثرى فلاثرائه سبب هو قانون ٢١ يونية سنة ١٨٩٨ الذي يوجب في فرنسا تسليم الكلاب الضالة للبلدية وهي التي تتولى إطعامها (أنظر رسالة ألموزنينو ص١٥١ – ص١٥٢– مارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص١٤١ –ص١٤٢ – أنظر أيضاً محكمة إيتاى البارود في ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص٧٩٠ – محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٤٨ – وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٣٧ وهي الأحكام التي أشار إليها مارافان في المرجع المشار إليه). وإذا أهمل المقاول في اتخاذ الإجراءات اللازمة لقيد حق امتيازه على بناء أقامه لشخص أفلس، فسد أمامه طريق دعوى الامتياز=

خاصاً، ثم يفلس الأب، فتنسد أمام المعلم دعوى الرجوع عليه بالعقد لإعساره، ويريد المعلن الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء بلا سبب، لم يجز له ذلك لأن إثراء التلميذ له سبب هو التزام الأب أن يقوم على تعليم ولده(1).

ويتبين مما قدمناه أن دعوى الإثراء هي دعوى أصلية. فإذا قامت دعوى أخرى إلى جانبها، كان للمدعى الخيار بين الدعويين. وإذا كان يختار في الواقع الدعوى الأخرى، فتبدو دعوى الإثراء في الظاهر كأنها دعوى احتياطية. فإن ذلك يرجع إلى أن هذه الدعوى الأخرى إما أن تكون قد جعلت للإثراء سبباً فلا يستطيع المدعي أن يباشر دعوى الإثراء، وإما أن تكون هي الأجدى على المدعى فلا يرغب في أن يباشر دعوى الإثراء.

وإذا كان هناك شئ يستبقى من فكرة الصفة الاحتياطية، فليس ذلك ما يقال من أنه يجب على المدعى أن يستعرض الدعاوى واحدة بعد الأخرى، فإذا استنفدها جميعاً ولم يستقم له أي منها التجأ إلى دعوى الإثراء. بل الذى يستبقى هو أنه يجب على المدعى أن

= بفعله، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب على التفليسة، لأن التفليسة إذا كانت قد أثرت من ضياع حق امتياز المقاول، فلهذا الإثراء سبب قانوني هو أحكام القانون الخاصة بمراتب الدائنين (أنظر ألموزنينو ص١٥٢ – ص١٥٤ – مارافان ص١٤٠).

يضاف إلى هذه الأمثلة مثل آخر في قضية فرنسية هي قضية (Deschalettes) (نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٣-١-٤٣٣): باع رجل أرضاً لخليلته بيعاً صورياً، فرهنت الخليلة الأرض لمصرف في مقابل قرض أقامت به بناء على الأرض. فرفعت مطلقة البائع دعوى قضت فيها محكمة النقض الفرنسية ببطلان الرهن الصادر من الخليلة لأن ملكيتها للأرض ملكية صورية، ورفضت أن يكون للمصرف دعوى إثراء قبل المطلقة التي أثرت من وراء بطلان الرهن إذا ارتفعت مرتبة رهنها القانوني على أموال مطلقها ومنها هذه الأرض. ويقول الأستاذ رواست في صدد هذه القضية إن دعوى الإثراء ترفض لأن المصرف أهمل. وهذا غير صحيح لأن المصرف لم يكن يعلم بصورية البيع، وهبة أهمل فدعوى الإثراء لا تدفع بإهمال الدائن وقد رأينا أن الحائز سيء النية يرجع بدعوى الإثراء، والصحيح أن محكمة النقض الفرنسية أخطأت في إبطال الرهن، لأن الصورية لا يحتج بها على الغير حسن النية. أما إذا فرضنا جدلا أن الصورية يحتج بها هنا، فإن محكمة النقض تكون قد أصابت في إنكار دعوى الإثراء على المصرف الذي سد طريق دعوى الرهن بفعله، وإذا كانت المطلقة قد أثرت، فإن لإثرائها سبباً قانونياً هو أحكام القانون الخاصة بحفظ مراتب الدائنين (مارافان ص١٣٨ – ص١٤٠ – ألموزنينو ص١٤٤ – ص١٥٠).

(1) وقد رأينا أن محكمة مونبلييه الفرنسية (٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩-٢-٢١٣) أجازت رجوع المعلم على التلميذ بدعوى الإثراء بلا سبب. (أنظر ألموزنينو ص١٥٧) وأنظر عكس ذلك مارافان ص١٠٩.

كذلك إذا باع شخص سيارة لآخر، فوهبها المشترى لثالث، وفسخ البائع البيع وأراد الرجوع على المشترى فوجده معسراً، فهو لا يستطيع الرجوع على الموهوب له بدعوى الإثراء، لأن الموهوب له قد أثرى بسبب قانوني هو حيازة المنقول بحسن نية (لاعقد الهبة لأن الواهب قد انفسخ سند ملكيته). وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد اشتمل على نص يجيز في هذه الحالة رجوع البائع على الموهوب له بدعوى الإثراء، ولكن النص حذف في لجنة المراجعة، فخرج المشروع النهائي خالياً منه.

يستعرض الأسباب القانونى واحداً بعد الآخر، فإذا استنفدها جميعاً ولم يقم أى منها سبباً لإثراء المدعى عليه، جاز له عند ذلك أن يرجع بدعوى الإثراء[1].

المطلب الثانى

لا ضرورة لأن يكون الاثراء قائما وقت رفع الدعوى

٧٨١– القانون المدنى الجديد: نص القانون المدنى الجديد صراحة فى المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائما ولو زال الإثراء فيما بعد. ومعنى ذلك أن العبرة بحصول الإثراء. فمتى حصل وجد الالتزام فى ذمة المثرى، وليس من الضرورى بعد ذلك أن يبقى الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى.

٧٨٢– الرأى المعارض: والرأى السائد فى فرنسا[2] هو الرأى المعارض. إذ يشترط هناك – كما كان يشترط فى مصر[3] قبل صدور القانون المدنى الجديد – أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى. وقد جاء فى «الموجز»[4] فى هذا الصدد ما يأتى: «والقدر الذى أثرى به المدين يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى عليه من الدائن. وينبنى على ذلك أنه لو قام الدائن بترميمات فى منزل للمدين، ثم احترق المنزل قبل أن يرفع الدائن الدعوى، فإنه لا يرجع بشىء على المدين. ولكن إذا احترق المنزل بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم، فلا يؤثر هذا فى حق الدائن، فـإن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعـوى. على

(١) وإذا أخذنا بفكرة «المعادل» فى الافتقار على الوجه الذى قدمناه أمكن أن نقول إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية بالمعنى الآتى: يجب على المدعى قبل أن يلجأ إلى دعوى الإثراء أن يستعرض كل الأسباب التى تصلح مصدراً قانونياً لقيام الإثراء أو لقيام معادل للافتقار، فإذا استنفدها جميعاً ولم يجد أياً منها يصلح لذلك، جاز له عندئذ أن يرجع بدعوى الإثراء.

(٢) لوران ٢٠ فقرة ٣٤٠ – أوبرى ورو طبعة خامسة ص٣٦٢ – بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (٢٦) – بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص٥٠– جوسران ٢ ص٢٨٠ (١)– محكمة ليون الاستئنافية ١١ يناير سنة ١٩٠٦ دالloz ١٩٠٦–٢–١٣٢– محكمة باريس الاستئنافية ٢٧ يولية سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ –٢–٧٣– محكمة فينا الابتدائية ٤ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ –٢–١٥٣ – وقارن ديموج ٣ فقرة ١٧٠ ص٢٨١.

(٣) دى هالتس٢ ص٢٩٩ – والتون ٢ ص١٩٠ – الموجز للمؤلف ص٣٨٧ – ص٣٨٨– مارافان ص٧٥ – ص٨٣. ومع ذلك قارن حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٥ وفقرة ٥٤١ وفقرة ٥٤٩.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دعوى الإثراء تفترض أن مال المدعى عليه قد زاد وقت رفع الدعوى بسبب ما قدمه له المدعى. فلا تقوم هذه الدعوى فى جميع الحالات التى يرى فيها المدعى عليه أن هذه الزيادة فى ماله قد زالت، حتى لو كان زوالها قد وقع بسبب ما أنفقه منها، لا إذا كان الإنفاق لضرورة من ضرورات المعاش بحيث يكون من المحقق أن مال المدعى عليه كان ينقص بالاتفاق لهذا السبب لولا الزيادة التى أحدثها المدعى (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤١٧ – أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م٧ ص١٢٢ – محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص٣١٣ – محكمة أشمون الجزئية فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٠ ص١٩٥).

(٤) ص٣٨٧– ص٣٨٨.

أن الإثراء يعتبر قائماً ولو كان ناشئاً على خدمات أداها الدائن للمدين وانتهت هذه الخدمات قبل رفع الدعوى، إلا إذا كانت هذه الخدمات قد أنشأت فائدة مادية كانت قائمة ثم هلكت قبل التقاضى».

وهذا الحكم الغريب – وهو البقية الباقية من مخلفات الماضى وقت أن كانت دعوى الإثراء ترسف فى الأغلال والقيود – يقيمه أنصاره على الأسانيد الآتية[1]:

(١) أن الغرض من دعوى الإثراء هو إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين، إحداهما أثرت بسبب افتقار الأخرى، فالوقت الذى يعتبر فيه اختلال التوازن هو الوقت الذى تطلب فيه إعادته، أى وقت رفع الدعوى.

(٢) اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء عن دعوى الفضالة. ففى الفضالة لا يشترط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى، لأن الفضولى وهو يولى جميلا لرب العمل أولى بالرعاية من المفتقر.

(٣) أن الإثراء يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية، وكلاهما يقدر وقت رفع الدعوى.

(٤) أن جميع التقنينات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى[2].

٧٨٣– الرأى الصحيح: والرأى الصحيح فى نظرنا هو الرأى الذى أخذ به القانون المدنى الجديد من أن العبرة فى تقدير الإثراء بوقت حصوله لا بوقت رفع الدعوى. وما دمنا نريد أن نحرر قاعدة الإثراء من القيود التى أثقلتها فى الماضى، فالواجب أن نتحاكم فى هذه المسألة، لا إلى تقاليد القاعـدة، بل إلى المنطـق القانونى السليم. وقد قدمنـا أن مصـدر

(١) تنقل هذه الأسانيد عن مارافان بنوع خاص، فهو من أنصار هذا الحكم ومن أكثرهم تحمساً له (أنظر مارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص٧٥ – ص٨٣).

(٢) هذه هى الأسانيد الرئيسية. ويضاف إليها عادة حجج أخرى ثانوية منها:

«١» أن الإثراء دخل فى مال المثرى دون إرادته، بل دون علمه فى بعض الأحيان، فكيف يجوز عدالة أن يرد المثرى هذا الإثراء إذا لم يبق منه أثر وقت رفع الدعوى؟

«٢» يقع كثيراً أن يكون المفتقر هو السبب فى إفقار نفسه، فواجبه أن يعجل فى رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء (الموزنينو ص٧٥).

«٣» اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدى إلى نتائج عادلة فى الفروض الآتية: أ) إذا اشتمل الإثراء على سندات استهلكت وقت رفع الدعوى فمن العدل أن نرد قيمتها الاسمية – وهى القيمة وقت رفع الدعوى – لا قيمتها الفعلية – وهى القيمة وقت الإثراء، إذ قد تكون القيمة الأولى أقل بكثير من القيمة الثانية. ب) إذا اشتمل الإثراء على عين باعها المثرى أو وهبها، فمن العدل أن يرد الثمن فى حالة البيع أو لا يرد شيئاً فى حالة الهبة– وهذه هى قيمة الإثراء وقت رفع الدعوى. أما إذا رد قيمة الإثراء وقت حصوله فيجب أن يرد قيمة العين فى حالتى البيع والهبة. جـ) إذا كان الإثراء لم يتحقق، كما إذا أقام مستأجر بناء فى العين المؤجرة ستؤول ملكيته إلى المؤجر عند نهاية الإيجار، فمن العدل ألا يرجع المقاول بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار لأن الإثراء غير موجود وقت رفع الدعوى.

وستتولى الرد على هذه الحجج عند الرد على الأسانيد الرئيسية.

التـزام المثرى هو واقعة الإثراء، ولما كان الالتزام يوجد بوجود مصدره، فالتزام المثرى بالتعويض يوجد بمجرد أن تتحقق واقعة الإثراء. فمنذ أثرى المثرى أصبح ملتزماً. ومتى تعين وقت قيام الالتزام تعين كذلك محل الالتزام، إذ الالتزام لا يقوم إلا بقيام محله. فيتعين إذن محل الالتزام – وقيمة الإثراء أحد عنصريه – وقت تحقق الإثراء. ويتبين من ذلك في وضوح أن قيمة الإثراء إنما تقدر وقت تحقق الإثراء لا وقت رفع الدعوى.

هذا هو المنطق القانوني السليم. وهو عين المنطق الذى نراه فى جميع المصادر الأخرى للالتزام. فالالتزام الناشئ من العقد يتعين محله وقت تمام العقد. والالتزام الناشئ من العمل غير المشروع يتعين محله وقت وقوع الضرر على تفصيل سنعود إليه فيما يلى. والالتزام الناشئ من القانون يتعين محله وقت قيام الواقعة القانونية التى يرتب القانون عليها الالتزام، جواراً كانت أو قرابة أو غير ذلك. فإذا كانت مصادر الالتزام جميعاً إذا قامت يتعين بقيامها محل الالتزام، فلماذا نستثنى من هذا المبدأ المنطقى العادل مصدراً واحداً هو مصدر الإثراء بلا سبب، ونستبقى لهذا المصدر وحده بقية من بقايا الشذوذ التى اشتهر بها فى الماضى! إن القانون المدنى الجديد عندما قرر أن الإثراء بلا سبب هو كغيره من المصادر إذا قام يتعين بقيامه محل الالتزام، وأن العبرة فى تقدير قيمة الإثراء تكون بوقت تحقق الإثراء، قد أعاد هذا المصدر إلى حظيرة القواعد العامة، وجعله نظيراً لغيره من المصادر الأخرى، وفك عنه آخر غل كان به مشدود الوثاق.

٧٨٤– نقض الرأى المعارض: أما الحجج التى يستند إليها الرأى المعارض فمن الميسور نقضها:

(١) فأما أن دعوى الإثراء يقصد بها إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين، فهذا صحيح. ولكن إلى أى وقت تكون إعادة التوازن؟ إن قيل إن إعادة التوازن واجبة إلى يوم رفع الدعوى لأن الاختلال يكون قائماً وقت ذلك، فإن هذا المنطق يجر القائل به إلى مدى أبعد. وما دامت العبرة بقيام الاختلال، فما أولى أنصار الرأى المعارض أن ينتقلوا من وقت رفع الدعوى إلى وقت النطق بالحكم، ففى هذا الوقت وحده يستطيع القاضى أن يحكم بإصلاح آخر أثر للاختلال فى مكنته أن يصلحه! وقد أبى الأستاذ ديموج، وهو من أنصار الرأى المعارض، إلا أن يسير فى منطقه إلى نهاية الشوط. فيقول بوجوب إصلاح الاختلال إلى وقت النطق بالحكم[1]. ولكن مقتضيات الصياغة القانونية تأبى إلا استقرار التعامل. فمن بين الأوقات الثلاثة التى تتنازع المسألة التى نحن بصددها، وقت وقوع الاختلال فى التوازن ووقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم، لا يوجد إلا وقت واحد هو المستقر الثابت، لا يدخل فى تحديده التحكم، ولا يتعين تبعاً للمصادفات، وهو فوق هذا كله الوقت الذى يقوم فيه الالتزام. وذلك هو وقت وقوع الاختلال فى التوازن، أى وقت تحقق الإثراء. فالواجب إذن الوقوف عند هذا الوقت وحده لتقدير قيمة الإثراء.

---

(١) ديموج ٣ فقرة ١٧٠ ص٢٨١.

(٢) وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء من دعوى الفضالة، فهذه حجة بادية الوهن. فالتمييز بين الدعويين لا يزال قائماً حتى بعد اختفاء هذا المميز. ولا يزال هناك فارق جوهرى بين دعوى الفضالة التى تجعل للفضولى الحق فى استرداد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة، ودعوى الإثراء التى لا تجعل للمفتقر إلا أقل القيمتين من الإثراء والافتقار. بل إن هذا الفارق الجوهرى هو الذى يستجيب لمهمة كل من الدعويين، فإن الفضولى يولى جميلا فكان له أن يسترد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة، أما المفتقر فليست عنده هذه النية ولذلك لا يسترد إلا أقل القيمتين.

(٣) وأما أن الإثراء يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية، كلاهما يقدر وقت رفع الدعوى، فهذه مماثلة خاطئة وحكم غير صحيح. وإنما يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية الافتقار لا الإثراء. وسنرى أن الافتقار كالضرر يقدر يوم النطق بالحكم إذا كان متغيراً، لا يوم رفع الدعوى.

(٤) وأما أن جميع التقنينات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى، فهذه التقنينات إذا كانت لاتينية فلا دلالة لها، لأنها إنما تسير فى قاعدة الإثراء وفقاً لتقاليدها الضيقة. وإذا كانت جرمانية فدلالتها أقل، وقد رأينا أن القوانين الجرمانية تذهب فى تضيق قاعدة الإثراء بلا سبب إلى مدى أبعد من المدى الذى تذهب إليه القوانين اللاتينية. فهى تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر، ولا تقر الإثراء المعنوى بل تشترط أن يكون ذا قيمة مادية. فكل هذه التقنينات من لاتينية وجرمانية وقفت بالقاعدة عند تقاليدها القديمة، وجمدت عن أن تسير بها فى طريق التطور[1]. على أن هناك تقنينين سجلا للقاعدة هذا التطور الأخير، فنصا صراحة على جواز أن يكون الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى، وهما التقنين النمساوى[2] والتقنين الأرجنتينى[3]. فهل يعيب القانون المصرى الجديد أن يكون قد سار بالقاعدة إلى هذا المدى الواجب فى التطور[4]!

---

(١) على أن بعض هذه التقنينات ينص صراحة على وجوب رد الإثراء مقدرا وقت تحققه (لا وقت رفع الدعوى) إذا كان المثرى سيئ النية (م١٢٧ من التقنين البولونى وم١٤٢ من التقنين اللبنانى وم١٨٢ من التقنين الصينى وم٤٠٠ من التقنين السوفيتى). وغنى عن البيان أن المثرى حسن النية لا يقل التزامه، فى منطق قاعدة الإثراء بلا سبب ، عن التزام المثرى سيئ النية، إذ أن سوء النية أو حسنها لا دخل له لا فى ترتيب الالتزام ولا فى تحديد مداه.

(٢) ينص التقنين النمساوى – وهو فى صدد التمييز صراحة ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب، أى أنه لا يخلط بينهما كما ذهب إلى ذلك الأستاذ مارافان (ص٨٢)– على أن تقدير الإثراء يكون وقت تحققه حتى لو زال بعد ذلك، فيقول فى المادة ١٠٤١ : «إذا استعمل شئ لمنفعة الغير ، من غير أن تكون هناك فضالة، فلصاحب الشئ أن يسترده عيناً، فإذا أصبح ذلك غير ممكن استرد القيمة التى كانت له وقت الاستعمال حتى لو زال الإثراء بعد ذلك».

(٣) ينص التقنين الأرجنتينى فى المادة ٢٣٤٣ على ما يأتى: «النقود التى تكون أنفقت فزادت فى قيمة شئ يملكه الغير، أو ترتب على إنفاقها نفع للغير أو تحسين فى ملكه، يعتبر إنفاقها أمراً نافعاً، حتى لو زال الإثراء فيما بعده».

(٤) أما الحجج الأخرى الثانوية فهى أيضاً غير مقنعة:

=

ويتبين مما قدمناه أن الإثراء تقدر قيمته وقت تحققه. وهذا هو الوضع الصحيح

=١- فأما أن الإثراء قد دخل في ملك المثرى دون إرادته، بل ودون علمه في بعض الأحيان، فلا يجوز أن يرد المثرى هذا الإثراء إذا لم يبق له أثر وقت رفع الدعوى، فهذه حجة مقدمتها لا صلة لها بنتيجتها. ذلك أن التزام المثرى بالرد لا ينشأ من إرادته، بل ينشأ من واقعة مادية هي واقعة الإثراء، فمتى تحققت هذه الواقعة قام الالتزام وتعين محله في الوقت الذى نشأ فيه. والالتزام هنا كما نرى مستقل عن إرادة المثرى ولا صلة له بها حتى يصح أن يترتب على انتفاء إرادته أى أثر في مدى التزامه. ثم ما عسى أن يقول أصحاب هذه الحجة في الأحوال التي يتحقق فيها الإثراء بإرادة المثرى وهي أحوال كثيرة؟ أتراهم يفرقون بين حالة وحالة!

٢- وأما أن المفتقر هو السبب في إفقار نفسه فوجب عليه أن يعجل في رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء، فهذه حجة غريبة، إذ هي لا تقوم على أساس قانوني، ولا هي تشمل كل حالات الإثراء، فكثيرا ما يقع أن يكون المثرى هو السبب في إثراء نفسه على حساب المفتقر. والسبيل القانوني لدفع المفتقر إلى تعجيل دعواه هو تقصير مدة التقادم، وهذا ما فعله القانون الجديد.

٣- وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدى إلى نتائج عادلة، فهذه الحجة أيضاً لا تقوم على أساس. والفروض التي سيقت في هذا الصدد هي ذاتها التي تدل على ذلك: (أ) فإن الإثراء إذا اشتمل على سندات استهلكت وقت رفع الدعوى فليس من المقطوع فيه أن العدل يقضى برد قيمتها الاسمية - وهي القيمة وقت رفع الدعوى - دون قيمتها الفعلية - وهي القيمة وقت الإثراء. فلو أن القيمة الأولى زادت على القيمة الثانية لبان للقائلين بهذه الحجة أن العدل على خلاف ما يقولون. على أن المنطق القانوني يقضى بأن السندات المستهلكة - وقد أصبحت ملكاً للمثرى من وقت تحقق الإثراء - تدخل في ذمة المثرى ويلتزم برد قيمتها الفعلية، ثم هو الذى يتحمل تبعتها بعد ذلك، ارتفعت قيمتها الفعلية أو انخفضت. (ب) وإذا اشتمل الإثراء على عين باعها المثرى أو وهبها فليس من العدل أن يرد قيمتها وقت رفع الدعوى فلا يرد شيئاً في حالة الهبة (وقد قدمنا أن المفتقر في هذه الحالة لا يستطيع أيضاً الرجوع على الموهوب له)، بل العدل يقضى بأن يرد قيمتها وقت تحقق الإثراء فيرد هذه القيمة في حالة الهبة، ويرد هذه القيمة أيضاً دون الثمن في حالة البيع، وما دام قد أصبح مالكا للعين فهو الذى يتحمل تبعتها، زادت القيمة أو انخفضت أو انعدمت. (جـ) وإذا أقام المستأجر بناء في العين المؤجرة فإن المقاول لا يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار، لا لأن قيمة الإثراء تقدر وقت رفع الدعوى كما يزعم أنصار الرأى المعارض، بل لأن الإثراء قبل نهاية الإيجار لم يتحقق، إذ أن المؤجر لا يتملك البناء إلا عند نهاية الإيجار.

على أن الرأى المعارض هو ذاته الذى يؤدى إلى نتائج غير مستساغة. من ذلك: (أ) إذا كان الإثراء عملا قد تم أو منفعة قد استهلكت، فمنطق الرأى المعارض يقضي بألا محل للرجوع بدعوى الإثراء ما دام الإثراء قد انعدم وقت رفع الدعوى، ولم يتشبث أصحاب الرأى المعارض برأيهم هنا، ولم يسعهم إلا أن يرجعوا عنه إلى الرأى الآخر (أنظر مارافان ص٧٧ - بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص٥٠- ديموج٣ فقرة ١٧١). (ب) إذا وفى شخص دين غيره، فترك الدائن الذى استوفى حقه دعواه تسقط بالتقادم. فإذا أخذنا هنا بالرأى المعارض لم يجز لمن وفى بالدين أن يرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء لأن الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى بتقادم الدين. ولما كان هذا الحل غير مستساغ فقد جرى النص على خلافه (أنظر المادة ١٨٤ من القانون المدنى الجديد - وأنظر أيضاً المادة ٢٠٩/١٤٨ من القانون المدنى القديم والمادة ١٣٧٧ من القانون الفرنسي). (جـ) على أن الرأى المعارض ليس دائماً في صالح المثرى، بل قد ينقلب حربا عليه إذا كان الإثراء قد زاد وقت رفع الدعوى، بدلا من أن يزول أو ينقص، ولم يجاوز مع هذه الزيادة قيمة الافتقار.

أنظر الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٤٠ ص٣٩٤، وهو أميل إلى الأخذ بالرأى الذى سار عليه القانون المدنى الجديد.

للمسألة. فما دام الإثراء منذ تحققه دخل في ذمة المثرى وأصبح ملكاً له، فهو الذى يتحمل تبعته من هذا الوقت. إن زاد بعد ذلك فله الغنم، وإن نقص أو زال فعليه الغرم. بهذا تقضى المبادئ الصحيحة، وهذا ما يفرضه المنطق القانوني[1].

وبعد فقد رأينا أن دعوى الإثراء تحررت في القانون المدنى الجديد من آخر ما كان يغلها من قيود. وهي بعد هذا التحرر قد تركت لمصيرها. فهل يكون هذا المصير هو مصير المسئولية التقصيرية، إذ كانت في القديم محصورة في نطاق ضيق، ثم أطلقت من قيودها، فتطورت واتسعت حتى أصبحت قاعدة عامة تنبسط على جميع نواحي القانون[2]؟

إن دعوى الإثراء في حاجة إلى مثل هذا التطور، إذ لا تزال هناك حالات خاصة تقوم إلى جانب القاعدة العامة في الإثراء، كحالات الالتصاق وحالات المصروفات الضرورية والنافعة، وتبقى هذه الحالات في نطاقها الخاص، وتبقى بجانبها دعوى الإثراء فيما يجاوز هذا النطاق. كل هذا حتى يأتي اليوم الذى تتقلص فيه هذه الحالات الخاصة، فتبتلعها القاعدة العامة في الإثراء، كما ابتلعت القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية الحالات الخاصة في الجنح المدنية.

هذه هي سياسة القانون المدنى الجديد: أن تبرز قاعدة الإثراء إلى جانب قاعدة الخطأ وإلى جانب قاعدة العقد، فتصبح مثلهما مصدراً مستقلا للالتزام.

الفرع الثاني
أحكام الاثراء بلا سبب

٧٨٥- الدعوى والجزاء: إذا توافرت الأركان التي قدمناها في قاعدة الإثراء بلا سبب، ترتبت أحكام هذه القاعدة، ووجب على المثرى تعويض المفتقر.

فالتعويض إذن هو جزاء الإثراء بلا سبب. ودعوى الإثراء هي الطريق إلى هذا الجزاء.

ونستعرض في مبحثين متعاقبين - كما فعلنا في المسئولية التقصيرية - الدعوى والجزاء.

المبحث الأول
الدعوى

نستعرض في الدعوى ما يأتي: ١) طرفي الدعوى. ٢) الطلبات والدفوع. ٣) الإثبات. ٤) الحكم.

---

(١) ولما كان القضاء والفقه في ظل القانون المدنى القديم قد جريا على أن تقدير الإثراء يكون وقت رفع الدعوى لا وقت تحقق الإثراء، فإن القانون المدنى الجديد- وقد أتى بحكم مخالف - لا يكون له أثر رجعي في هذه الحالة. فلو أن الإثراء هو زيادة في منزل المثرى بفعل المفتقر، وتحقق هذا الإثراء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى قبل نفاذ القانون الجديد، واحترق المنزل بعد هذا التاريخ، فإن المفتقر لا يرجع بشئ على المثرى تطبيقاً للقانون القديم.

(٢) أنظر ريبير في القاعدة الخلقية ص٩٠- ص٩١.

١- طرفا الدعوى

أ- المدعى:

٧٨٦- من يكون المدعى: المدعى هو المفتقر، فهو وحده الذى يحق له أن يطالب بالتعويض. ويقوم مقامه النائب والخلف.

ونائب المفتقر، إذا كان قاصراً، هو وليه أو وصيه، وإذا كان محجوراً هو القيم، وإذا كان مفلساً هو أمين التفليسة، وإذا كان وقفاً هو ناظر الوقف. وإذا كان المفتقر رشيداً بالغاً فنائبه هو الوكيل.

والخلف هو الوارث أو الدائن، وهذا هو الخلف العـام، والمحـال له وهذا هو الخلف الخاص. فإذا مات المفتقر حل وارثه محله فى المطالبة بالتعويض. ويجوز لدائن المفتقر أن يطالب المثرى بالتعويض مستعملا حق المفتقر عن طريق الدعوى غير المباشرة. ويصح أن ينزل المفتقر عن حقه فى التعويض إلى شخص آخر فيصبح المحال له هو دائن المثرى.

٧٨٧- أهلية المدعى: ولا يشترط فى المفتقر أهلية ما. فناقص الأهلية - الصبى المميز والسفيه وذو الغفلة - يصح أن يفتقر بأن يثرى شخص على حسابه دون سبب قانونى، فيصبح ناقص الأهلية دائناً للمثرى. بل قد يكون المفتقر عديم الأهلية، كالصبى غير المميز والمعتوه والمجنون، فيثرى شخص على حساب أحد من هؤلاء دون سبب قانونى، فيصبح عديم الأهلية دائناً للمثرى بالتعويض.

٧٨٨- تعدد المدعى: وقد يتعدد المفتقر، كما لو أثرى شخص على حساب شركاء فى الشيوع، فيصبح هؤلاء الشركاء دائنين للمثرى، كل منهم يقدر نصيبه فى التعويض. ولا تضامن بينهم، بل لكل منهم دعوى مستقلة عن دعاوى الآخرين، ويقدر القاضى تعويض كل على حدة، وذلك لعدم ورود نص على التضامن فى هذه الحالة[1].

ب- المدعى عليه:

٧٨٩- من يكون المدعى عليه: المدعى عليه هو المثرى. فهو وحده المسئول عن تعويض المفتقر، ويقوم مقامه فى المسئولية النائب والخلف.

فإذا كان قاصراً كان نائبه هو وليه أو وصيه، وإذا كان محجوزاً كان النائب هو القيم، وإذا كان مفلساً أمين التفليسة، وإذا كان وقفاً فالناظر[2]، وإذا كان رشيداً بالغاً فالوكيل.

---

(١) وقد ورد نص على التضامن فى حالة تعدد الفضولى (م١٩٢ فقرة ٣)، وسيأتى بيان ذلك.

(٢) ويكون الوقف مسئولا عن إثرائه بدون سبب قانونى، وتتحدد مسئوليته عن التعويض بأقل قيمتى الإثراء والافتقار. والظاهر أن التنفيذ بهذا التعويض على المال الموقوف يقع على قيمة الإثراء التى لحقت بالوقف. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يقم الدليل القاطع على أن انشاء الوقف هو السبب المباشر فى إيقاع الضرر بدائنى الواقف، لم يكن هناك محل لقبول الدعوى البوليصية من دائن سابق على إنشاء الوقف. ولكن إذا أثرى الوقف بسبب توريدات أو أعمال قام بها الدائن للعقار الموقوف ولم يستوف الدائن حقه، ولم يتمكن من استيفائه بسبب إعسار الواقف، جاز الرجوع على الوقف بدعوى الإثراء (استئناف مختلط فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٤٥).

وخلف المثرى هو وارثه، ولكنه لا يرث التركة فى الشريعة الإسلامية إلا بعد سداد الديون. فتركة المثرى تكون هى المسئولة عن تعويض المفتقر، وأى وارث ترفع عليه الدعوى يمثل التركة. ويجوز أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين، كمتجر مدين عن طريق الإثراء يباع وتحال ديونه على المشترى وفيها هذا الدين، فيكون المسئول عن التعويض فى هذه الحالة هو المشترى للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً.

٧٩٠- أهليـة المدعى عليه: أتى القـانون الجديد، كمـا رأينا، بنص صريح فى هذه المسألة، فقضت المادة ١٧٩ بأن «كل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم...». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: «ولا يشترط فى المثرى توافر أهلية ما، فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى الإثراء[1]».

ولاشك فى أن هذا الحكم هو الذى يتفق مع المنطق القانونى السليم. وإذا كان الملتـزم بالعقد يشترط فيه التمييز بل يشترط فيه بلوغ سن الرشد فى عقود التصرفات، فذلك لأنه يلتزم بإرادته، والإرادة تقوم على التمييز على تفاوت فى درجاته تبعا لخطر العقـد. وإذا كان الملتزم بالعمل غير المشروع يشترط فيه هو أيضاً التمييز، فذلك لأن مسئوليته تقوم على الخطأ والتمييز هو ركنه المعنوى، ومن ثم جاءت مسئولية عديم التمييـز عن العمل غير المشروع استثناء مستنداً إلى نص فى القانون كما قدمنا. أما الملتـزم بمقتضى الإثراء بلا سبب فهو إنما يلتزم لا بمقتضى إرادته ولا استناداً إلى خطأ صدر منه حتى نتطلب فيه التمييز، بل إن مصدر التزامه هو واقعة قانونية (fait juridique)، هى واقعة الإثراء، فمتى تحققت هذه الواقعة ترتب الالتزام فى ذمته دون نظر إلى أنه مميز أو غير مميز. غير أن المثرى، إذا لم يكن كامل الأهلية، لا يحاسب إلا على ما انتفع به فعلا. فإذا فقد شيئاً مما جناه من ربح أو فائدة، فلا يحسب ما فقده من ذلك فى تقدير إثرائه[2].

٧٩١- تعدد المدعى عليه: وقد يتعـدد المثـرى كمـا لو أثرى شركـاء فى الشيـوع على حساب الغير، فيصبح هؤلاء مدينين للمفتقر بالتعويض. ولا يكونون مسئولين بالتضامن، بل يكون كل منهم مسئولا بقدر نصيبه أى بأقل القيـمتين: إثرائه هو وافتقار الـدائن الذى نشأ عنه هذا الإثراء. ويقدر القاضى هذا النصيب كما يفعل عند تعدد المفتقر فيما مر بنا.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٤١.

(٢) استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٩١٩ م٣١ ص٣٣٣. وفى حكم آخر قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون يقضى فى الإثراء بلا سبب أن ناقص الأهلية إذا أبطل العقد يبقى ملتزماً بمقتضى الإثراء، على أن الرد لا يشمل كل ما تسلمه، بل يقتصر على ما خلص له من نفع محقق دون زيادة وعلى الفائدة التى جناها من وراء التزاماته. وكل من النفع والفائدة لا وجود له فى حالة ما إذا أعطى سفيه مالا حاجة له به إطلاقاً نظراً لما يملكه من الموارد الشخصية (استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٩٩).

وانتفاء التضامن عند تعدد المثرى كانتفاء التضامن عند تعدد المفتقر يرجع إلى عدم ورود نص على التضامن[1].

٢ – الطلبات والدفوع
(تقادم دعوى الاثراء)

أ– طلبات المدعى:

٧٩٢– يطلب المدعى تعويضاً عما لحق به من افتقار فى حدود ما نال المدعى عليه من إثراء. هذا هو ما يطلب المدعى[1]، وهذا هو ما يميز دعوى الإثراء عن دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة. وإذا كانت الدعويان الأخيرتان ليستا إلا صورتين خاصتين من الدعوى الأولى، إلا أن هذه الدعاوى الثلاث كل منها مستقل عن الآخر.

ويترتب على ذلك أن المفتقر إذا تقدم كفضولى أو كدافع لغير المستحق وخسر دعواه، فلا شئ يمنع من أن يتقدم ثانية بدعوى الإثراء بلا سبب، ولا يحول دون ذلك قوة الشئ المقضى، لأن سبب الدعوى الأولى وهو الفضالة أو دفع غير المستحق يختلف عن سبب الدعوى الثانية وهو الإثراء بلا سبب[2].

---

(١) وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المبدأ فى دفع غير المستحق (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص٢٤) – ومع ذلك فقد انحرفت عن المبدأ وقضت بالتضامن فى حالة الإثراء بلا سبب (١٣ مارس سنة ١٩٠٢م ١٤ ص١٨٥). وقضت كذلك بالتضامن فى الفضالة عند تعدد رب العمل (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢١٧) – وكان الواجب ألا يحكم بالتضامن فى هاتين الحالتين (أنظر مارافان ص١٥٧ – وقارن فرانسوا جوريه ص٣١٨ ومحكمة النقض الفرنسية فى ٤ مايو سنة ١٨٥٩ سيريه ٥٩–١–٣٧٧).

وليس ثمة شك فى القانون الجديد – كما لم يكن هناك شك فى القانون القديم – أن التضامن لا يكون إلا بناء على اتفاق أو نص فى القانون. وقد نصت المادة ٢٧٩ (جديد) على أن «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون». ولا يوجد اتفاق على التضامن بين المثرين أو المفتقرين إذا تعددوا، ولم يرد نص على التضامن إلا فى حالة واحدة هى حالة تعدد الفضولى (م١٩٢ فقرة ٣) وقد سبقت الإشارة إليها. ويخلص من ذلك بوضوح أن القانون الجديد، كالقانون القديم، يقضى بعدم التضامن إذا تعدد المثرى أو تعدد المفتقر (راجع مارافان ص١٥٨).

(١) إذا كان البنك الطاعن قد استند فى دفاعه المؤسس على احكام الاثراء بلا سبب إلى أن قيامه بوفاء قيمة خطابات الضمان قد أدى إلى افتقاره، وإلى اثراء العميل، لما عاد عليه من منفعة بسبب هذا الوفاء وهى براءة ذمته من الدين الذى لم يسبق له الوفاء به كليا أو جزئياً، ولا يقوم بهذا الدين بسبب من أسباب البطلان أو الاقتضاء وكان الحكم المطعون قد اغفل هذا الدفاع ولم يعن ببحثه مع أنه دفاع جوهرى لو كان الحكم قد بحثه لجاز أن تتغير به النتيجة التى انتهى إليها فانه يكون معيبا بالقصور.

(جلسة ١٦/٥/١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص٩١٩)

(٢) ويترتب على ذلك أيضاً أن المدعى إذا استند فى دعواه إلى الفضالة، فلا يجوز له لأول مرة [illegible] محكمة النقض أن يستند إلى دعوى الإثراء بلا سبب. وقد قضت محكمة النقض فى [illegible] بما يأتى: «إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بما أنفقه المدعى فى تكملة بناء على [illegible] عليهم اعتماداً على تكليف شفوى من أحدهم، وأسس المدعى دعواه أولا على الوكالة ثم على

ب– دفوع المدعى عليه:

٧٩٣– كيف يدفع المدعى عليه الدعوى: يدفع المثرى دعوى الإثراء بأحد أمرين: إما بإنكار قيام الدعوى ذاتها، فيدعى أن ركناً من أركانها الثلاثة – الإثراء أو الافتقار أو انعدام السبب – لم يتوافر. وإما أن يقر بأن الأركان قد توافرت ولكن التزامه انقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام، فيدعى مثلا أنه وفى المفتقر ما يستحق من تعويض، أو أنه اصطلح معه، أو أن مقاصة وقعت، أو أن المفتقر أبرأ ذمته، أو أن دعوى الإثراء انقضت بالتقادم.

٧٩٤– الدفع بالتقادم: وتطبق القواعد العامة فى كل ما تقدم. والذى يعنينا الوقوف عنده قليلا هو الدفع بالتقادم. فقد أدخل القانون المدنى الجديد تعديلا جوهرياً فى هذا الصدد. وبعد أن كانت دعوى الإثراء لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة، صارت الآن تتقادم أيضاً بثلاث سنوات على التفصيل الآتى.

نصت المادة ١٨٠ من القانون الجديد على أنه «تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض. وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق[1]».

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «ينشئ المشروع فى هذا النص تقادماً قصيراً مدته ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى المطالب بالرد أو بالتعويض، ويقف على شخص من يلزم بذلك. وقد نص على هذا التقادم القصير إلى جانب التقادم بالمدة الطويلة. ويبدأ سريانها من اليوم الذى ينشأ فيه الالتزام[2]».

=الفضالة، ورفضت المحكمة الدعوى بناء على أن الوكالة المدعاة لا يمكن إثباتها بالبينة وعلى أن المدعى لا يعتبر فضولياً لعدم توافر شرائط الفضالة بالنسبة له، فلا يقبل من المدعى أن يطعن بطريق النقض فى هذا الحكم على أساس مخالفته للمادة ٦٥ من القانون المدنى بمقولة إن مبنى طعنه هو من الأسباب القانونية الصرف التى يجوز إبداؤها لأول مرة أمام محكمة النقض، ذلك لأن هذا المطعن فضلا عما فيه من تغيير للأساس المرفوعة به الدعوى فإن عناصره الواقعية لم تكن عرضت على محكمة الموضوع لبحثها حتى يتسنى لمحكمة النقض أن تنظر فيه (نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر٢ رقم ١٠٠ ص٢٩٧). كما قضت محكمة النقض بعدم جواز التمسك لأول مرة أمامها بالفضالة، فقالت فى ذلك: «لا يصح التمسك أمام محكمة النقض بأن المدعى إنما كان فضولياً فى الدعوى المرفوعة منه إلا إذا كان ذلك قد عرض على محكمة الموضوع» (نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٦ ص٢٩٤).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «تسقط بالتقادم دعوى التعويض عن الإثراء...» بإضافة لفظ «بالتقادم». وقد أقرتها لجنة المراجعة على أصلها، ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة عليها مع حذف كلمة «بالتقادم» لأنها مفهومة من النص. ووافق مجلس الشيوخ على المادة بالصيغة التى قدمتها له لجنة القانون المدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٤٤ – ص٤٤٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٤٤. وانظر أيضاً المادة ٦٧ من قانون الالتزامات السويسرى.

وقد جرى القانون الجديد فى هذه المسألة على عادته من إنشاء تقادم قصير لالتزام لا ينشأ من إرادة صاحبه. وقد رأينا أنه فعل ذلك فى المسئولية التقصيرية، وستراه يفعل ذلك أيضاً فى دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة. ذلك أن الالتزام الذى ينشأ مستقلاً عن إرادة الملتزم متى علم به صاحبه لا يبقيه القانون المدة التى يبقى فيها التزاماً أنشأته إرادة الملتزم، فالثانى دون الأول هو الذى ارتضاه المدين.

ويتبين من النص الذى قدمناه أن دعوى الإثراء بلا سبب تتقادم بأقصر المدتين الآتيتين:

(١) ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المفتقر بحقه فى التعويض. وهو لا يعلم بحقه فى التعويض إلا إذا علم ما أصابه من افتقار ترتب عليه إثراء الغير وعرف هذا الغير الذى أثرى على حسابه. فلا يبدأ سريان التقادم فى حالتنا هذه من يوم قيام الالتزام فى ذمة المثرى، بل من اليوم الذى علم فيه المفتقر بافتقاره وبمن أثرى على حسابه. وبذلك يكون على بينة من أمره فيتدبر الموقف، وينظر فى رفع الدعوى فى خلال هذه المدة.

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام. ويبدو لأول وهلة أن الدعوى تتقادم بالمدة الأولى القصيرة قبل تقادمها بهذه المدة الطويلة. وهذا صحيح فى الكثرة الغالبة من الأحوال. ولكن يقع أحياناً أن المفتقر لا يعلم بافتقاره وبمن أثرى على حسابه إلا بعد مدة من يوم قيام الالتزام، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة فإن الدعوى تتقادم بانقضاء المدة الطويلة – خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام – قبل تقادمها بانقضاء المدة القصيرة وهى ثلاث سنوات تبدأ بعد انقضاء أكثر من اثنتى عشرة سنة من يوم قيام الالتزام فلا تنقضى إلا بعد انقضاء مدة الخمس عشرة سنة. وهذا ما قدره القانون الجديد فاحتاط له ولم يغفل أن يورد المدة الطويلة إلى جانب المدة القصيرة ليجعل الالتزام يتقادم بأسرعهما انقضاء[١].

٣- الاثبـــــات

أ- عبء الإثبات:

٧٩٥- يقع عبء الإثبات على الدائن وهو المفتقر. فهو الذى يطلب منه إثبات قيام الالتزام فى ذمة المدين وهو المثرى[٢](أ).

(١) أما بالنسبة إلى الالتزامات التى نشأت فى ظل القانون القديم، وكان مصدرها الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة، فيرجع فيما إذا كانت مدة التقادم القصيرة التى قررها القانون الجديد هى التى تسرى إلى ما سبق أن قررناه فى هذا الشأن فى صدد التقادم فى بطلان العقد وفى صدد التقادم فى العمل غير المشروع (أنظر آنفاً فقرة ٣٢٣).

(٢) استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤٠٧.

(أ) الاثراء بلا سبب عبء الاثبات وقوعه دائما على عاتق الدائن المفتقر.
(جلسة ١٩٩٣/٢/٩ الطعنان رقما ٤٦٣٤، ٤٤٦٧ السنة ٤٤ ص٥٧٧)

فعلى المفتقر إذن أن يثبت أن هناك إثراء فى جانب المثرى ومقدار هذا الإثراء. ويستوى ذلك أن يكون هذا الإثراء بقى قائماً إلى يوم رفع الدعوى أو أن يكون قد زال، وقد تقدم ذلك.

وعليه أيضاً أن يثبت أن هناك افتقاراً فى جانبه ترتب عليه إثراء المثرى ومقدار هذا قار.

وعليه أخيراً أن يثبت أن الإثراء ليس له سبب قانونى. إذ أن الإثراء يفرض فيه أن له سبباً نياً، ولا يكلف المثرى إثبات هذا السبب. فإذا ادعى المفتقر ألا سبب للإثراء فعليه هو أن ذلك. وهناك رأى مرجوح يذهب إلى أن المفتقر إذا أثبت افتقاره وإثراء الغير فإنه يفرض سبب للإثراء، وإذا ادعى المثرى أن هناك سبباً قانونياً لإثرائه فعليه هو أن يثبت ذلك[١].

- وسائل الإثبات:

٧٩٦- لما كانت أركان دعوى الإثراء – الإثراء والافتقار وانعدام السبب – كلها ع مادية، فإنه يصح إثبات هذه الوقائع بجميع وسائل الإثبات، ويدخل فى ذلك البينة رائن.

فيجوز للمفتقر أن يثبت بالمعاينة وبتقدير الخبراء وبشهادة الأطباء وبأقوال الشهود رائن الأركان الثلاثة التى يقع عليها عبء إثباتها(أ).

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الإثراء إذا كان سببه عقداً تزيد قيمته على خمسمائة ه فيجب إثبات العقد بالكتابة أو بما يقوم مقامها وفقاً لقواعد الإثبات المقررة فى ود[٢]. ولكن إذا كان العقد هو سبب الإثراء فإنه يغلب أن يكون قد انطوى على سبب نى لهذا الإثراء، فلا تتوافر أركان القاعدة، ولا يترتب فى ذمة المثرى التزام.

٤ – الحكم

الطعن فى الحكم بطريق النقض:

٧٩٧- طرق الطعن فى الحكم: لا يختلف الحكم الصادر فى دعوى الإثراء عن سائر

أنظر فى هذه المسألة فرانسوا جوريه فى الإثراء على حساب الغير باريس ١٩٤٩ ص٣١٦ – ص٣١٧. أما من الناحية العملية فإن وجود سبب للاثراء أو انعدام هذا السبب إنما يكون عن طريق قرائن قضائية متعاقبة تنقل عبء الإثبات من المفتقر إلى المثرى ثم من المثرى إلى المفتقر وهكذا.

فرانسوا جوريه ص٣١٦.

لما كان الاثراء والافتقار من الوقائع المادية فانه يصح اثباتها بجميع وسائل الاثبات ومنها البينة والقرائن وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى على سند من أنها تقوم على عقد مقاولة تزيد قيمته على عشرة جنيهات (أصبح النصاب الآن خمسمائة جنيه) دون أن يثبت بالكتابة ورفض على هذا الأساس اجابة الطاعن «المقاول» إلى طلب الاحالة إلى التحقيق لاثبات أنه هو الذى أقام المبانى – لصالح المطعون عليه – فأنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.
(جلسة ١٩٧٦/٣/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص٦٦٢).

الأحكام من حيث طرق الطعن فيه. وطرق الطعن العادية هي المعارضة والاستئناف. والطرق غير العادية للطعن هي التماس إعادة النظر والنقض.

ويعنينا هنا طريق الطعن بالنقض، فنرسم الخطوط الرئيسية لما يعتبر في قاعدة الإثراء من القانون فيخضع لرقابة محكمة النقض، وما يعتبر من الواقع فلا يخضع لهذه الرقابة(1). ونتناول – كما فعلنا في المسئولية التقصيرية – أركان قاعدة الإثراء الثلاثة: الإثراء والافتقار وانعدام السبب القانوني.

٧٩٨– الإثراء: لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التي يقدمها المدعي لإثبات ركن الإثراء، ما صح عندها من ذلك وما لم يصح. أما التكييف القانوني لما صح عندها وقوعه، وهل هو يعتبر إثراء، وهل هذا الإثراء إيجابي أو سلبي، مباشر أو غير مباشر، مادي أو معنوي، وهل يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى أو أن ذلك غير واجب، فكل هذا من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض. وتقدير مدى الإثراء وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع لمحكمة الموضوع فيه القول الأخير لا تعقب عليه محكمة النقض.

٧٩٩– الافتقار: ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الافتقار. ولكن تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية المرجع الأخير فيه إلى محكمة النقض. ويخضع لرقابتها اعتبار ما صح عند محكمة الموضوع من الوقائع افتقاراً، وهل هو افتقار إيجابي أو سلبي، مباشر أو غير مباشر، مادي أو معنوي. ووجوب قيام السببية المباشرة ما بين الإثراء والافتقار هو من مسائل القانون، أما قيامها فعلا في حالة بالذات فمسألة واقع ينظر فيها إلى كل حالة على حدة، وتقدر بملابساتها وظروفها كما سبق القول. وتقدير مدى الافتقار وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع كما في تقدير مدى الإثراء وتقويمه بالمال.

٨٠٠– انعدام السبب: ويعتبر من مسائل القانون – ومن مسائله الدقيقة – تحديد معنى السبب ومتى يكون القانون أو العقد سبباً قانونياً للإثراء.

كذلك القول بأن دعوى الإثراء دعوى أصلية لا دعوى احتياطية هو من مسائل القانون.

ويمكن القول بوجه عام – هنا كما في المسئولية التقصيرية – أن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة لدعوى الإثراء لا تعقب عليه محكمة

---

(1) سقوط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب بالتقادم الثلاثي لا يتعلق بالنظام العام وإذا لم يثبت أ الطاعنة تمسكت به أمام محكمة الموضوع فان ما تثيره بشأنه يعتبر سببا جديدا لا يجوز التحدي به لأو مرة أمام محكمة النقض.
(جلسة ١٩٨٤/٣/١٩ الطعن ٢١٩٠ لسنة ٥٢ق س٣٥ ص٧٤١)

النقض. أما التكييف القانوني لهذه الوقائع، ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر، فإنه يعتبر من المسائل القانونية التي تكون فيه محكمة النقض هي المرجع الأعلى.

ب– الآثار التي تترتب على الحكم:

٨٠١– الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض: الحكم في دعوى الإثراء، كالحكم في دعوى المسئولية التقصيرية، ليس هو مصدر حق المفتقر في التعويض، ولكنه يقوم هذا الحق ويقويه. فالحكم ليس إلا مقرراً لهذا الحق، لا منشئاً له. حق المفتقر في التعويض إنما نشأ من واقعة مادية، هي واقعة الإثراء المترتبة على واقعة الافتقار دون أن يكون لذلك سبب قانوني. وبمجرد أن يتحقق سبب الالتزام يترتب الالتزام في ذمة المدين. ومن ذلك نستخلص النتائج الآتية:

(١) تحديد مدى التزام المثرى – أي تحديد قيمة الإثراء وقيمة الافتقار لإعطاء المفتقر أقل القيمتين– تكون العبرة فيه في الأصل بوقت قيام الالتزام لا بوقت رفع الدعوى ولا بوقت صدور الحكم. وهذا هو ما قررناه في تحديد قيمة الإثراء. أما قيمة الافتقار فهناك اعتبارات تجعلنا ننظر في تحديدها إلى وقت صدور الحكم، وسنبين ذلك فيما يلي.

(٢) لما كان حق المفتقر ينشأ من وقت وقوع الإثراء لا من وقت صدور الحكم ولا من وقت رفع الدعوى، فإن له أن يتقاضى إلى جانب حقه في التعويض الأصلي تعويضاً عن التأخير، ولكن هذا الحق في التعويض عن التأخير يتوقف على الاعذار[١]، لأن المادة ٢١٨ تقضي بأنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين[٢].

(٣) يجوز للمفتقر – وقد ثبت حقه منذ وقوع الإثراء – أن يتصرف في هذا الحق دون انتظار الحكم بل وقبل رفع الدعوى. فله منذ ثبوت حقه أن يحوله إلى الغير، ولدائن المفتقر أن يوقع حجزاً على هذا الحق تحت يد المثرى، كما أن للمفتقر أن يوقع حجزاً تحت يد مدين المثرى منذ ثبوت حقه. وإذا أفلس المثرى بعد وقوع الإثراء وقبل صدور الحكم دخل المفتقر في التفليسة مع سائر الدائنين.

(٤) يسري التقادم – ومدته ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما قدمنا – منذ

---

(١) وهذا بخلاف الوكالة (م٧١٠) والفضالة (م١٩٥)، فالوكيل والفضولي يتقاضيان الفوائد من وقت الإنفاق.

(٢) وليست حالة الإثراء من الحالات التي لا ضرورة فيها للاعذار (أنظر م٢٢٠). فيجب إذن أن يعذر المفتقر المثرى وأن يطالبه في الإعذار بتعويض عن التأخير. ويجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من التأخير لأن الضرر شرط التعويض. ولا محل هنا لتطبيق النص الخاص بسعر الفائدة (م٢٢٦) ولا لتطبيق النص الخاص بعدم اشتراط إثبات الضرر (م٢٢٨) لأن مجال تطبيق هذين النصين مقصور على ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب (م٢٢٦). أنظر في هذا الموضوع فرانسوا جوريه ص٣١٣.

وع الإثراء وعلم المفتقر به وبالمثرى أو منذ وقوع الإثـراء على حسب الأحـوال، لأن الحق التعويض قد وجد. ولا يتأخر سريان التقادم إلى وقت صدور الحكـم. بل إن صدور الحكم ن شأنه أن يقيم تقادماً من نوع جديد محل التقـادم القديـم على ما سترى.

٨٠٢- الحكم يقوم الحق فى التعويض ويقويه: وإذا كـان الحكم ليـس هو مصدر حق فى التعويض، إلا أنه هو الذى يـقـوم هذا الحق، ويغلب أن يقومه بمبلـغ معين من نقـود.

والحكم لا يقتصر على تقويم الحق، بل هو يقويه أيضاً كما رأينا فى الحكم الصادر فى لمسئولية التقصيرية، فهو يجعل الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بخمس عشرة سنة من قت صدور الحكم (م٣٨٥ فقرة٢). ومتى أصبح الحكم واجب التنفيذ فإنه يجيز للمفتقر أن حصل على حق اختصـاص بعقـارات مدينه ضمـاناً لأصل الدين والفـوائد والمصـروفات (م١٠٨٥)، كـما يجيز له أن ينفـذ على أموال المدين بجمـيع الطرق التى عينهـا القـانون للتنفيذ.

المبحث الثانى

الجزاء أو التعويض

٨٠٣- التعويض هو اقل قيمتى الافتقار والاثراء: رأينا أن المادة ١٧٩ تنص على أن المثرى دون سبب قانونى على حساب شخص آخر «يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «ويلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى. فهو يلتزم برد أقل القيمتين: قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن»(١).

فالتعويض إذن هو أقل قيمتى الافتقار والإثراء(I). ولا يمكن أن يكون إلا ذلك. فـإن المثرى قد أثرى على حساب المفتقر. فالتعويض لا يجوز من جهة أن يزيد على خسارة المفتقر حتى لو كان إثراء المثرى يزيد على هذه الخسارة، لأن المفتقر لا يحق له أن يتقاضى تعويضاً يزيد على خسارته، وإلا لكان هو بدوره مثرياً عـلـى حساب المثرى دون سبب. ولا يجوز أن يزيد التعويض من جهة أخـرى على إثـراء المثرى حتى لو كانت خسـارة المفتقـر تزيـد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٤٢.

(I) مؤدى نص المادتين ١٧٩، ٣٢٤ من التقنين المدنى أنه إذا تولى شخص لآخر، وابرم له تصرفا قانونيا رغم ارادته، وأدى هذا التصرف، أو ذلك العمل إلى افتقار فى جانب ذلك الشخص وإلى اثراء بالنسبة إلى الآخر، وكان هذا الاثراء بلا سبب قانونى، فان المثرى يلتزم بتعويض المفتقر بأقل القيمتين، الاثراء أو الافتقار.

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ الطعن ٣٢١ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٩١٩)

هذا الإثراء، لأننا لا نحاسب المثرى على خطأ ارتكبه فتلزمه بتعويض الخسارة كاملة، نحاسبه على ما وقع فى يده من كسب فلا يجوز أن يرد أكثر مما كسبه، ولو أنه رد أكثر كسب لكان هو بدوره مفتقراً لمصلحة المفتقر دون سبب(١).

ونستعرض هنا مسائل ثلاثا: (١) كيف يقدر الإثراء. (٢) كيف يقدر الافتقار. (٣) ما ق به التعويض – وهو أقل هاتين القيمتين – من ضمانات.

١- كيف يقدر الاثراء

٨٠٤- اعتبارات تراعى فى تقدير الاثراء: يراعى فى تقـويم الإثراء أن يكون تقـديره وقوعه كما قدمنا لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم مع مراعاة ما سبقت ارة إليه من إضافة تعويض عن التأخير على النحو الذى فصلناه.

ويراعى كذلك أن يخصم من قيمـة الإثراء ما عسى أن يكون المثرى قد تكلفـه من روفات لجلب هذا الإثراء لنفسه.

ويراعى أخيراً فى التقدير ألا فرق بين أن يكون المثرى حسن النية أو سيئها، فالتزام المثرى أن له بنيته وإنما يقوم هذا الالتزام على واقعة الإثراء فى ذاتها.

ونستعرض لتطبيق هذه المبادئ حالتين: (١) حالة ما إذا كان الإثراء ملكية وانتقلت إلى المثرى. (٢) وحالة ما إذا كان منفعة أو خدمة أو عملا أو إثراء سلبياً.

أما فى استرداد ما دفع دون حق وفى الفضالة فإن التعويض لا يقتصر على أقل القيمتين لأن المفتقر فى هاتين الحالتين أجدر بالرعاية من المفتقر فى دعوى الإثراء بلا سبب.

ونلاحظ فى هذه المناسبة أن الحالات التى طبقت فيها قاعدة الإثراء بلا سبب تطبيقاً تشريعياً – ونخص منها حالة البناء فى أرض الغير (م٩٢٤– م٩٢٥) وحالة المصروفات النافعة (م٩٨٠ فقرة ثانية) – التزام المشرع فيها أن يكون التعويض هو أقل القيمتين إذا كان المفتقر حسن النية. فالبانى فى أرض الغير بحسن نية إذا ترك البناء فى الأرض فإن صاحب الأرض مخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل (وهذه هى قيمة الافتقار) أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء (وهذه هى قيمة الإثراء). وكذلك الحال فيمن أنفق مصروفات نافعة فى ملك الغير بحسن نية. أما إذا بنى الشفيع فى العقار المشفوع وهو حسن النية (أى قبل إعلان الرغبة فى الشفعة) كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه (وهذه هى قيمة الافتقار) ومقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (وهذه هى قيمة الإثراء)، ولما كان المشترى هنا هو الذى يختار فهو سيختار طبعاً أعلى قيمتى الافتقار والإثراء، وفى هذا خروج على القاعدة. أضف إلى ذلك أن المفتقر إذا كان سئ النية فى حالة البناء فى أرض الغير وفى حالة المصروفات النافعة وفى حالة الشفيع إذا بنى بعد إعلان الرغبة فى الشفعة، فإنه لا توجد قاعدة واحدة تسرى على التزام المثرى بالتعويض، فإنه يدفع فى الحالتين الأوليين قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض، وفى الحالة الثالثة قيمة أدوات البناء وأجرة العمل. ومن ثم نرى أن هذه التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء على حساب الغير لم تلتزم حدود القاعدة. وقد قدمنا أن النصوص التشريعية التى وردت فى هذه الحالات هى التى يجب تطبيقها ولو خالفت القاعدة العامة. وفى هذا نرى قصور قاعدة الإثراء عن أن تشمل تطبيقاتها المتنوعة، فهى لا تزال سائرة فى طريق التطور.

أ- الإثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى:

٨٠٥- قد يكون الإثراء نقداً دخل فى ذمة المثرى أو تحسينات استحدثها المفتقر فى مال المثرى.

٨٠٦- هل يجوز أن يكون الاثراء عينا تبقى فى ملكية المفتقر؟ أما أن يكون الإثراء عيناً معينة بالذات تبقى على ملك المفتقر ولا تدخل فى ملك المثرى - كما يذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء[1]- فلا نرى أن تكون حالة من حالات الإثراء، إذ العين لم تدخل فى ملك المثرى ولم تخرج من ملك المفتقر، فليس هناك إثراء ولا افتقار، بل هى عين مملوكة لشخص لانتقلت إلى حيازة شخص آخر، وللمالك أن يستردها من الحائز بدعوى استحقاق لا بدعوى الإثراء بلا سبب[2].

٨٠٧- الاثراء نقد دخل فى ذمة المثرى: إذا كان الإثراء نقداً دخل فى ذمة المثرى، كما إذا استولى هذا على مبلغ من النقود مملوك للمفتقر سواء كان فى هذا الاستيلاء حسن النية أو سيئها، فإن قيمة الإثراء هو مبلغ هذا النقد، وينظر فيه إلى قدره العددى ارتفع سعر النقد أو انخفض. أما الفوائد فلا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ما دام مبلغ النقد المطلوب استرداده بدعوى الإثراء معلوم المقدار وقت الطلب[3]. ويلاحظ أن المثرى إذا كان غير كامل الأهلية فلا يكون إثراء بالنسبة إليه ما أضاعه من هذا النقد فى غير منفعة.

٨٠٨- الاثراء تحسينات استحدثها المفتقر فى مال المثرى: تقدر قيمة هذه التحسينات بما زاد فى مال المثرى بسببها وقت الاستحداث، لا بما أنفقه المفتقر فى استحداثها لأن هذه هى قيمة الإفتقار لا قيمة الإثراء. مثل ذلك أعمال الترميمات[4] وتوريد المواد اللازمة لهذه الأعمال[5] وبناء طبقات جديدة[6].

(١) أنظر فرانسوا جورية ص٣١٤ ومارافان ص١٥٠.
(٢) ونحن نؤثر هذا التكييف على القول بأن هناك إثراء وافتقاراً ولكن دعوى الإثراء تجبهها دعوى الاستحقاق، فنحن لا نقول بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء (أنظر من أنصار الرأى الذى ننقده فرانسوا جوريه ص٣١٥ - ص٣١٦).
(٣) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٤٥- محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص٩٠.
(٤) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٣١٥.
(٥) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩م ٤١ ص٣٤٥.
(٦) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ■ ص١٥٦ - ويشترط أن تكون التحسينات ضرورية أو نافعة ولا يكفى أن تكون كمالية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥م ٧ ص١٢٢)، وأن تكون المصروفات أنفقت على العين مباشرة (محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص٢٦٥).

ب- الإثراء منفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء سلبى:

٨٠٩- الاثراء منفعة: قد يكون الإثراء منفعة حصل عليها المثرى كما لو سكن منزلا دون عقد إيجار[1]، وكما لو استهلك نوراً أو ماء عن طريق أسلاك ومواسير خفية[2]. فتقوم المنفعة بأجرة المثل للمنزل أو بثمن النور والماء وفقاً للسعر الذى حددته شركة النور أو شركة الماء. ولا عبرة بأن يكون المثرى حسن النية أو سيئها، ولا بأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى[3].

٨١٠- الاثراء خدمة أو عمل: وقد يكون الإثراء خدمة أو عملاً قدمه المفتقر إلى المثرى. مثل ذلك النسابة الذى يكشف عن إرث خفى، والموظف الفنى الذى يجد اختراعاً يفيد منه رب العمل، والسمسار الذى يقرب ما بين البائع والمشترى ولكنهما يعقدان الصفقة دون وساطته، والمهندس الذى يضع تصميماً ينتفع به رب العمل. ففى كل هذه الأحوال تقوم الفائدة التى عادت على المثرى من وراء هذه الخدمة أو هذا العمل. فالنسابة جعل الوارث يثرى بقدر الإرث لو تبين من الظروف أن الوارث ما كان يستطيع وحده أن يكشفه. ورب العمل يثرى بقدر ما أصاب من نفع بفضل اختراع الموظف الفنى. وكل من البائع والمشترى يثرى بقدر ما عادت عليه الصفقة من فائدة. ورب العمل الذى انتفع من تصميم المهندس يثرى بقدر ما كان يدفع للمهندس من أجر على عمله. ولا ضرورة فى كل هذه الأحوال لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى.

٨١١- الاثراء سلبى: وقد يكون الإثراء سلبياً، كما لو دفع شخص ديناً على آخر، أو قدم النفقة لزوجة تجب لها النفقة على زوجها، أو أتلف متاعاً له لينقذ منزل جاره من الحريق. ففى هذه الأحوال يكون المدين قد أثرى بقدر الدين الذى دفعه عنه المفتقر، والزوج بقدر النفقة التى كانت واجبة عليه، والجار بقدر ما أوشك من ماله أن يحترق[4]. ولا عبرة هنا أيضاً بقيام الإثراء وقت رفع الدعوى.

(١) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣٣٨.
(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م١٢ ص١٧٠ - هذا وقد يعتبر النور والماء منفعة تستخلص من الأسلاك والمواسير، والأولى أن يعتبر مالا قائماً بذاته استهلكه المثرى فدخل فى ذمته، فيكون مثل النور والماء مثل الإثراء لا عن طريق منفعة استهلكت بل عن طريق ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى.
(٣) وفى هذه الأمثلة التى قدمناها على الإثراء عن طريق المنفعة نرى أن الإثراء لا يكون بالضرورة قائماً وقت رفع الدعوى لأن المنفعة قد استهلكت قبل ذلك.
(٤) وقد قضت محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى هذا المعنى بأن الدائن الذى حجز على مال مدينه يجوز له أن يطالب بدعوى الإثراء أجنبياً انتفع من بيع هذه الأموال المحجوزة بيعاً إدارياً للوفاء بضريبة كانت فى ذمته. ثم أضافت المحكمة أن دعوى الإثراء لا يبقى لها محل إذا كان هذا الأجنبى قد خصم مبلغاً يساوى المبلغ الذى انتفع به فى سداد الضريبة من دين له فى ذمة شخص كان يعتقد أن الأموال المحجوزة مملوكة له (محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص٣١٧).

ليس واجباً عليه ولكنه يعتقد أنه ملزم بدفعه، فيرجع على المدين الحقيقى بدعوى الإثراء فى صورتها العادية، أو يرجع على الدائن الذى دفع له الدين بدعوى غير المستحق وهذه هى الصورة المتميزة لدعوى الإثراء. ذلك أن الدائن الذى استوفى حقه قد أثرى بسبب قانونى هو الوفاء. ولما كان المفتقر قد وفى الدين عن غلط فإنه يستطيع أن يبطل الوفاء للغلط، فيزول السبب القانونى للإثراء، ويصبح إثراء الدائن دون سبب، فيسترد المفتقر منه ما دفعه. ونرى من ذلك أن دفع غير المستحق هو إثراء كان له سبب، ثم انتهى إلى أن يكون بغير سبب[1].

وأما أن الفضالة هى أيضاً صورة مميزة من صور الإثراء، فذلك أن الفضولى وهو يفتقر ليثرى غيره قد فعل ذلك متفضلا عن عمد، فكان أحق بالرعاية من المفتقر الذى لا يتعمد هذا التفضل. ولهذا كانت حقوق الفضولى قبل المثرى وهو رب العمل أوسع مدى من حقوق المفتقر فى دعوى الإثراء.

ونتكلم الآن فى كل من هاتين الصورتين.

الفرع الأول

دفع غير المستحق[*]

(Paiement de l'indû)

٨١٧– قدمنا أن دفع غير المستحق يرتب للدافع فى ذمة المدفوع له التزاماً برد ما أخذ دون حق. ونتناول هذا الالتزام فى أركانه ثم فى أحكامه.

المبحث الأول

أركان دفع غير المستحق

٨١٨– **النصوص القانونية**: نصت المادة ١٨١ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«١– كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده».

(١) أنظر محكمة استئناف مصر فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١/١٤٠ ص٣٤٠ – المحاماة ٩ رقم ٥٣٥ ص٩٨٩. وقارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٣٣.

(*) المراجع: دى هلتس الجزء الثانى Exécution - Paiement – هالتون الجزء الأول – والتون الجزء الثانى– الدكتور عبد السلام ذهنى فى الالتزامات – الدكتور محمد وهيبة فى الالتزامات – الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات – الموجز فى الالتزامات للمؤلف – الدكتور حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام – بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع – ديموج الجزء الثالث – أوبرى ورو الطبعة الخامسة الجزء السادس – بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثانى – كولان وكابيتان الجزء الثانى – جوسران الجزء الثانى.

«٢– على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء».

ونصت المادة ١٨٢ على ما يأتى:

«يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق».

ونصت المادة ١٨٣ على ما يأتى:

«١– يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل».

«٢– على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر. فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل»[1].

ويقابل هذه النصوص فى القانون المدنى القديم نص واحد هو نص المادتين ١٤٥/٢٠٦ ويقضى بما يأتى:

«من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده».

ويتبين من مجموعة هذه النصوص أن هناك حالتين لدفع غير المستحق: (١) الوفاء

(١) **تاريخ النصوص** – م١٨١: ورد هذا النص فى المادة ٢٥٠ من المشروع التمهيدى– وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٦ فى المشروع النهائى – ووافق عليه مجلس النواب، بعد استبدال كلمة «التسليم» بكلمة «الدفع» فى آخر الفقرة الثانية، تحت رقم ١٨٦. ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، بعد الاستعاضة عن كلمة «التسليم» بكلمة «الوفاء» فى آخر الفقرة الثانية فى هذه المادة وفى المواد التالية، وأصبح رقم المادة ١٨١. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٤٦– ص٤٤٧).

م١٨٢: ورد هذا النص فى المادة ٢٥١ من المشروع التمهيدى– وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٧ فى المشروع النهائى – ووافق عليه مجلس النواب، بعد استبدال كلمة «التسليم» بكلمة «الدفع»، تحت رقم ١٨٧ – ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على أن تستبدل عبارة «إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام» بعبارة «إذا كان التسليم قد تم وفاء لالتزام»، وأصبح رقم المادة ١٨٢– ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٤٨ – ص٤٥٠).

م١٨٣ (أنظر تاريخ النص فيما يلى).

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى النظرة العامة لهذه النصوص ما يأتى: «وقد فصل المشروع الأحكام المتعلقة برد غير المستحق تفصيلا كافيا – فعين نطاق تطبيق القاعدة العامة، وأفرد نصوصاً خاصة برد غير المستحق فى أحوال الوفاء ممن لا تتوافر له الأهلية، أو ممن يقع تحت سلطان إكراه، وكذلك فى أحوال الوفاء بالتزام لم يتحقق سببه، أو زال سببه بعد تحققه. وواجه من ناحية أخرى حالة الرد عند الوفاء قبل حلول أجل الدين...» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٣٩).

بدين غير مستحق من بادئ الأمر. (٢) الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق.

ونبحث كلا من هاتين الحالتين، ثم نكيف في ضوء هذا البحث الالتزام برد ما أخذ دون حق.

المطلب الأول

حالتا دفع غير المستحق

١ – الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر

٨١٩– ركنان: تقوم هذه الحالة على ركنين: (١) دين غير مستحق وقت الوفاء به. (٢) عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلا للإبطال.

أ– الركن الأول– دين غير مستحق وقت الوفاء به:

٨٢٠– أسباب ثلاثة لعدم استحقاق الدين: يجوز أن يقوم شخص بوفاء دين لم يكن مترتباً في ذمته وقت الوفاء. ويرجع ذلك إلى أحد الأسباب الثلاثة الآتية: (١) الدين منعدم من الأصل (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به.

٨٢١– (١) الدين منعدم من الأصل: يكون الدين منعدماً من الأصل إذا لم يكن له وجود أصلاً في وقت من الأوقات. مثل ذلك وارث يدفع ديناً يظن أنه على التركة ويتضح بعد ذلك ألا وجود لهذا الدين، أو وارث ينفذ وصية لمورثه ويتضح بعد ذلك أن الموصى قد عدل عن الوصية قبل موته، أو شخص أصاب الغير بضرر فظن نفسه مسئولا فدفع التعويض ثم اتضح بعد ذلك أن أركان المسئولية لم تتوافر[1].

كذلك يكون الدين منعدماً من الأصل إما بالنسبة إلى الدافع وإما بالنسبة إلى المدفوع له. فهو منعدم بالنسبة إلى الدافع إذا كان له وجود ولكنه في ذمة غير الدافع، فيكون الدافع قد دفع دين غيره ظاناً أنه يدفع دين نفسه[2]. وهو منعدم بالنسبة إلى المدفوع له إذا كان مترتباً في ذمة الدافع ولكن هذا دفعه لغير الدائن.

---

(١) هذا ما لم يكن المسئول قد صالح المضرور على مبلغ معين، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يسترده، حتى لو ظهر أن أركان المسئولية لم تتوافر. ويعتبر الدين لا وجود له أصلا إذا دفع المدين أكثر مما هو واجب عليه. فما زاد على الدين يكون غير مستحق (استئناف مختلط في ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص٢٤ – وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣١٩). ويعتبر الدين كذلك لا وجود له أصلا إذا تقاضى شريك أرباحاً لا يستحقها من الشركة (استئناف مختلط في ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م٢٦ ص٣٣٠)، أو تقاضت مصلحة الضرائب من أحد الممولين ضريبة لا تستحقها أو أكثر مما تستحق (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ ص٨١ ص٢٠٨).

(٢) أما إذا دفع دين غيره وهو عالم بذلك فلا يجوز له أن يسترد ما دفع، ويكون دفعه للدين مبرئاً لذمة =

ويكون الدين أخيراً منعدماً من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلاً أيا كان سبب بطلان[1]، أو كان الدين ليس ديناً مدنياً (obligation civile) بل دينا طبيعياً (obligation naturelle) لا جبر في تنفيذه (م١٩٩ فقرة ٢).

٨٢٢– (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق: وقد يكون وجود ويكون مؤمل الاستحقاق، ولكنه لم يستحق. وتقول المادة ١٨٢ في هذا الشأن إنه «يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه[2]». فالدين المعلق على شرط واقف إذا دفع، سواء دفع قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه، يكون دفعه دفعاً لدين لم يستحق. يستوى في ذلك كما قدمنا أن يكون الدفع قبل تحقق الشرط أى في وقت لم يثبت فيه إذا كان الدين سيستحق، أو بعد تخلف الشرط أى في وقت ثبت فيه أن الدين لن يستحق. أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين موجود نافذ إذا دفعه المدين فإنه قد دفع ديناً مستحقاً، وإذا تحقق الشرط الفاسخ صار هذا وفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق، وهذه صورة من صور الحالة الثانية لدفع غير المستحق سيأتي بيانها فيما يلي.

وقد يكون للدين وجود محقق ولكنه لما يستحق. وتقول المادة ١٨٣ في هذا الشأن إنه «يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً قيام الأجل». فالدين المؤجل إذا دفع قبل حلول الأجل يكون دفعه دفعاً لدين لما يستحق، أى لدين غير مستحق وقت الوفاء.

٨٢٣– (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به: وقد يكون الدين ترتب في ذمة الدافع للمدفوع له ديناً صحيحاً واجب الأداء، ولكنه انقضى بسبب من أسباب

= المدين، وله أن يرجع عليه لا على الدائن بدعوى الإثراء بلا سبب (استئناف مختلط في ٧ فبراير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٧٥).

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «.... إذا أثبت عدم تحقق سبب الدين الذي أداه إطلاقا: كما إذا كان الوارث قد وفي بدين لم يكن مورثه ملتزما به، أو كما إذا قام المتعاقدين في عقد مطلق بالوفاء بالتزامه، أو كما إذا قام شخص بالوفاء بتعويض عن حادث اعتقد خطأ أنه يسأل عنه» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٤٩).
أما إذا كان العقد قابلا للابطال، فإن دفع المدين الدين عن غلط ثم أبطل العقد استرد ما دفع، وهذه هي إحدى صور الحالة الثانية من دفع غير المستحق وهي حالة الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق. وإذا دفع المدين الدين وهو على بينة من قابلية العقد للابطال اعتبر الدفع إجازة للعقد، فلا يجوز للمدين أن يسترد ما دفع.

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «... أو إذا أثبت (الدافع) أن سبب الدين لم يتحقق، كما إذا أدى مدين ديناً معلقاً على شرط واقف مع أنه لم يتحقق (أنظر التقنين اللبناني م١٤٥ فقرة ١). ويجوز المطالبة بالرد كذلك إذا حصل الوفاء في خلال فترة التعليق قبل أن يعلم مصير الشرط (أنظر المادة ١٤٣٤ من التقنين النمساوى والمادة ٦٩٤ فقرة ٢ من التقنين البرازيلي والمادة ٣٨٩ من المشروع) (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٤٩)

الانقضاء ثم قام الدافع بوفائه مرة أخرى بعد انقضائه. مثل ذلك أن يكون الدين قد وفاه المورث ولم يعثر الوارث على المخالصة فوفى الدين مرة أخرى[1]، أو أن يكون الدين قد انقضى بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإبراء ووفاه المدين للدائن بالرغم من انقضائه. في جميع هذه الصور دفع المدين ديناً كان موجوداً نافذاً واجب الأداء، ولكنه وقت الدفع كان قد انقضى، فيكون الدافع قد دفع ديناً غير مستحق.

ب- الركن الثاني: عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلا للإبطال:

٨٢٤- عمل من أعمال الوفاء: يجب على الدافع أن يثبت أن الدين غير مستحق على النحو الذي فصلناه فيما تقدم، وأنه قد قام بعمل من أعمال الوفاء. وليس من الضروري أن يكون قد قام بوفاء الدين وفاء مباشراً، بل يكفي أن يكون قد أعطى مقابلا للوفاء (dation en paiement)، أو أعطى إقراراً جديداً بالدين[2] (reconnaissance de dette) أو رتب تأميناً خاصاً لضمان الوفاء، أو قاص الدين في دين له، أو قام بغير ذلك من أعمال الوفاء المتنوعة. وأعمال الوفاء هذه على تنوعها هي تصرفات قانونية تخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية، وبخاصة ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة[3].

---

(١) يقارب هذا المعنى حكم محكمة النقض في ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص٦٨٤.

(٢) ومن أعمال الوفاء أن يحرر المدين لدائنه سنداً بدين، ولا يدخل هذا السند في المحاسبة النهائية ما بين الدائن والمدين، وهي المحاسبة التي يستوفي فيها الدائن حقه، فبقاء السند معه بالرغم من استيفائه حقه هو بمنزلة استيفاء الدين مرتين. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن السمسار الذي يحصل على سند من عميله بمبلغ يذكر له سبب صوري (أشغال معمارية)، ويثبت أن السند قد حرر عن دين سمسرة سبق أن استوفاه في المحاسبة النهائية، يكون قد استوفى الدين مرتين، وقالت في هذا الصدد: «ولما كان من المحقق أن هذا المبلغ (الذي حرر به السند) لم يدخل في المحاسبة النهائية بين الطرفين بخصوص أعمال السمسرة فيكون من حق المطعون عليهما الرجوع عليه بهذا المبلغ حتى لا يتكرر الوفاء مرتين. ومن حيث إنه يتضح من ذلك أن ما أسس عليه الحكم قضاءه لم يكن واقعة لا أصل لها في الأوراق، بل هي الوقائع التي بسطها المطعون عليهما في مذكرتهما شرحا لحقيقة الحال، وثبت للمحكمة صحتها فأقرتها، وإن كانت قد خالفت المطعون عليهما في التكييف القانوني لدعواهما، إذ هما بعد أن سردا الوقائع السابقة توهما أن هذه الوقائع تجعل السند سند مجاملة أو هكذا أرادا أن تصفاه، ولكن المحكمة خلعت على هذه الوقائع التي اقتنعت بصحتها الوصف القانوني الصحيح وهو رد ما قبض بغير حق، وأقامت قضاءها على هذا الأساس، وهو أمر لا سبيل للنعي عليه». (نقض في ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ في الطعن رقم ٩١ السنة القضائية الثامنة عشرة السنة الأولى ص٢٥٦).

(٣) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ويقتضي العمل أن يكون من واجب من يدعي أداء ما لم يكن مستحقاً أن يقيم الدليل على أمرين: أولهما قيامه بوفاء تلحق به صفة التصرف القانوني ويخضع بذلك للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة. وقد نصت المادتان ٧٤/٧٩ من التقنين التونسي والمراكشي على أن الوفاء بمقابل وترتيب تأمين خاص لضمان الوفاء وإعطاء اعتراف بالدين =

٨٢٥- عيب يشوب الوفاء فيجعله قابلا للابطال: فإذا أقام الدافع الدليل على أنه قام بوفاء دين غير مستحق على الوجه الذي بيناه، فالمفروض أنه دفع عن غلط[1] وأنه لم يكن يعلم بأنه غير ملزم بالدفع. وهذه القرينة القانونية قرينة تبررها الظروف. فليس مفهوماً لأول وهلة أن يدفع شخص ديناً غير مستحق عليه إلا أن يكون هذا الشخص قد اعتقد أن الدين مستحق واجب الأداء ولذلك قام بوفائه. ونرى من ذلك أن الغلط، وهو العيب الذي يشوب الوفاء عادة، مفروض لا يكلف الدافع إثباته[2].

= أو سند آخر يقصد به إثبات وجود التزام أو براءة الذمة منه تنزل جميعاً منزلة الوفاء. وقد قصد المشروع من عموم العبارات التي استعملت في صياغة القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق إلى مواجهة هذه الحالات وأشباهها، فاستهل المادة ٢٥٠ (م١٨١ جديد) بالنص على أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده، دون أن يخص صورة من صور الوفاء أو ضرباً من ضروب ما يحصل الوفاء به. أما الأمر الثاني فقيامه بالوفاء بما لم يكن مستحقاً في ذمته...» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٤٩).

(١) الغلط هنا هو الغلط الذي يعيب الإرادة بشروطه المعروفة. ويستوي أن يكون غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون. ولا يعتبر الغلط في تشريع مبهم، ترددت المحاكم في تفسيره واختلفت، سبباً لاسترداد ما دفع إذا كان الطرفان وقت الاتفاق قد اتبعا التفسير الأكثر شيوعا لدى القضاء (استئناف مختلط في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٢٦). وكذلك الغلط في تفسير نظام شركة لا يكون سبباً للاسترداد إذا كان هذا التفسير مسلماً به من الطرفين وقت الدفع (استئناف مختلط في ١١ يونية سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٥٧). وكالغلط التدليس، فإذا تواطأ الدائن مع المدين، وتقدم في التوزيع بمبلغ أكبر من حقه، وتنازل المدين عن المعارضة، فقبض الدائن المبلغ الأكبر وشاطر المدين الزيادة، فإن الدائنين المتأخرين في المرتبة يجوز لهم أن يرجعوا على هذا الدائن ليستردوا منه ما أخذ دون حق (استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م٦١ ص١٢٢).

(٢) كان القضاء المصري، في ظل القانون القديم، يقضي بأن الدافع هو الذي يكلف إثبات أنه كان في غلط عندما دفع (استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٣٢ – وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣١٩). ولكنه كان يتساهل في استخلاص قرائن قضائية – تقبل بداهة إثبات العكس – على أن الدافع كان في غلط. فالوفاء الحاصل من أحد أقارب المدين وهو يجهل مضمون الحكم الذي قضى بالدين وليست لديه وسيلة للتثبت من أن المبلغ الذي يطالب به الدائن هو بقدر الدين، يفرض فيه أنه وقع عن غلط إذا كان القدر المدفوع يزيد على الدين (استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣١٩). والوفاء الحاصل من المدين على طريقة لم يرض بها إلا بعد أن أكد له الدائن تأكيداً قاطعاً أن هذه الطريقة هي وحدها الصحيحة قانوناً لا يعتبر تفسيراً للعقد متفقاً عليه، بل يعتبر إنه قد وقع عن غلط (محكمة مصر الكلية المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ١٩٦ ص٢٧٣)، كما كان القضاء يتساهل في استخلاص قرائن قضائية على أن الدافع قد دفع عن بينة. فقيام أحد الشركاء بدفع مبلغ معين على اعتبار أن هذا المبلغ هو نصيبه في الخسارة يتضمن إقرار هذا الشريك بوقوع هذه الخسارة، فعليه هو، إذا أراد استرداد ما دفع، أن يثبت أنه دفع عن غلط ما ليس مستحقاً عليه (استئناف مختلط في ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص٧٩) – وقد وصل القضاء المصري في النهاية إلى حد أن جعل عبء الإثبات على المدفوع له، فقضى بأنه إذا دفع المدين الدين مرتين أصبح إثبات الغلط لا فائدة منه، لأنه إذا كانت إحدى هاتين المرتين يقوم الدفع فيها على سبب صحيح، فالأخرى لا يقوم الدفع فيها على سبب، ومن ثم لا يكون إثبات الغلط ضرورياً إلا إذا نسب إلى المدين نية القيام بتبرع أو أي تصرف قانوني آخر، وهذا ما يجب =

ولكن هذه القرينة القانونية على الغلط هي قرينة قابلة لإثبات العكس. فيجوز للمدفوع له أن ينقضها بأن يثبت أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أنه لم يكن ملزماً بما دفع. فإذا أثبت ذلك قامت قرينة قانونية أخرى، هى الآن فى مصلحة المدفوع له، على أن الدفع مع العلم بأن الدين غير مستحق إنما أراد به الدافع أمراً لا يجيز له استرداد ما دفع. فقد يدفع ديناً واجباً على غيره فضالة أو تبرعاً، فلا يرجع بدعوى غير المستحق على الدائن وإنما يرجع بدعوى الفضولي على المدين إذا كان قد دفع فضالة أو لا يرجع على أحد إذا كان قد دفع تبرعاً. وقد يدفع ديناً طبيعياً قاصداً بذلك أن يوفى هذا الالتزام، فلا يسترد ما أداه باختياره (م٢٠١). وقد يريد بالدفع أن يجيز عقداً قابلاً للإبطال، فينقلب العقد صحيحاً ويكون الدفع تنفيذاً له. وقد يدفع ديناً مؤجلا قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك لأنه أراد أن يعجل الوفاء متنازلا عن الأجل، فيكون وفاؤه صحيحاً ولا يرجع بشئ على المدفوع له(١).

وهذه القرينة القانونية الثانية التي تقوم لمصلحة المدفوع له هي أيضاً قرينة قابلة لإثبات العكس. ويستطيع الدافع أن ينقضها بأن يثبت أحد أمرين:

(أولا) أنه كان ناقص الأهلية وقت أن دفع: وعند ذلك يستطيع أن يبطل الوفاء لنقص أهليته وأن يسترد ما دفع، حتى لو كان قد دفع وهو على بينة من أن الدين الذى دفعه لم يكن مترتباً فى ذمته(٢).

= على المدفوع له أن يثبته (استئناف مختلط فى ١٢أبريل سنة١٩٣٨ م٥٠ ص٢٣٣- أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص١٣٩). وقد حسم القانون الجديد الأمر بأن أقام قرينة قانونية على أن دفع غير المستحق وقع عن غلط، وجعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس كما سنرى.

ولكن المحاكم المصرية كانت تقضى على كل حال، فى ظل القانون القديم، بأن دفع غير المستحق لا يجوز فيه الاسترداد إلا إذا وقع عن غلط (استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م٧ ص٢٦٦ - وفى ٢٠ يونية سنة ١٨٩٥ م٧ ص٣٥١ - وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص٧٩- وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص٥٠ - وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٢٥٣ - وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣١٩).

هذا ويلاحظ أنه إذا اشترط فى الدافع أن يكون قد دفع عن غلط حتى يجوز له أن يسترد ما دفع، فليس من الضرورى أن يكون المدفوع له قد قبض غير المستحق عن غلط، فقد يكون سئ النية كما يكون حسن النية، وفى الحالتين يرد ما أخذ دون حق على تفصيل سنعرض له فيما يلي.

(١) أما إذا كان قد دفع ديناً غير موجود أصلا وهو على بينة من الأمر - كما إذا دفع وصية عدل عنها الموصى أو ديناً معلقاً على شرط واقف بعد تخلف الشرط أو هبة باطلة لأنها لم تفرغ فى ورقة وسمية - فقد يريد بذلك أن يتبرع للمدفوع له بما دفع معتقداً أن هذا واجب أدبى قد ترتب فى ذمته، بل قد يكون هذا الواجب قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي فلا يسترد ما أداه من ذلك باختياره.

وقد يكون الدين الذين أداه مصدره عقد باطل لسبب يرجع إلى النظام العام أو الآداب وهو عالم بالبطلان، كما إذا دفع دين قمار أو فوائد ربوية، فيستطيع فى هذه الحالة أن يسترد ما دفع بالرغم من علمه بالبطلان، لأن هذا الحل هو الذى يقتضيه النظام العام والآداب (أنظر م٢٢٧ فقرة ١ وهى تجيز استرداد الفوائد الربوية وم٧٣٩ فقرة ٢ وهى تجيز استرداد دين المقامرة والرهان).

(٢) أما إذا دفع ناقص الأهلية ديناً مترتباً فى ذمته، فإن الدفع يكون صحيحاً مبرئاً للذمة إذا لم يلحق به =

(ثانياً) أنه قد أكره على الوفاء(١). مثل ذلك أن يكون قد وفى الدين من قبل، ولما طولب به مرة ثانية لم يعثر على المخالصة، فاضطر أن يوفيه مرة أخرى خشية التنفيذ على ماله، ثم عثر بعد ذلك على المخالصة، ففى هذه الحالة يستطيع أن يسترد ما دفع دون حق ولو أنه وقت الدفع كان يعلم أنه يدفع ديناً غير مستحق(١). ومثل ذلك أيضاً أن يكون قد سدد ما عليه من الضرائب، ثم طولب بها مرة أخرى ووقع حجز إدارى على ماله، فاضطر إلى الدفع وهو عالم بأن الدين غير مستحق، فيجوز له فى هذه الحالة أن يسترد ما دفع لأنه كان مكرهاً على الدفع(٢).

=ضرراً، ومن ثم لا يجوز له استرداد ما دفع. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «ومع ذلك فالوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى».

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا صدر حكم فى مخالفة، ونفذته النيابة العامة بتنفيذ أعمال محكوم بها على حساب المحكوم عليه، فإن هذا الأخير يجوز له، بعد أن يدفع المصروفات المطلوبة منه، أن يسترد ما دفع دون حق إذا هو أثبت أن ما دفعه يزيد على الأجرة المعتادة لهذه الأعمال، وبخاصة إذا كان قد طلب من الإدارة قبل ذلك بيانات وتفاصيل عن الأعمال المطلوبة لينفذها بنفسه فلم ترد عليه الإدارة (١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٣٧٥ - أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٤ ص٢٥٢ - وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص٧٤ - وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص٧٣ - وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤٥٢ - وفى ١٧ يونية سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٦٩).

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه «إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين، وتناول هذا الحكم ما كان يدعيه المدين من التخالص من الدين بالوفاء قائلا عنه إنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعي براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك» (نقض فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر٣ رقم ٧ ص١٦). وقد يقال لتبرير قضاء محكمة النقض إن عدم التخالص من الدين قد قضى فيه بحكم حاز قوة الشئ المقضى فلا يجوز الرجوع بعد ذلك لمناقشة هذه المسألة. على أن محكمة الاستئناف المختلطة تهدر الدفع بقوة الشئ المقضى إذا ثبت لها أن المدفوع له قد حصل على غير المستحق عن طريق التدليس (استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م٦١ ص١٢٢).

(1) الاكراه الدافع على الوفاء في معنى المادة ١٨١ من القانون المدني هو الضغط الذى تتأثر به ارادة الشخص ويدفعه إلى الوفاء تحت تأثير الرهبة التي تقع في نفسه لا عن حرية إختيار، ولا عبرة بالوسيلة المستخدمة في الاكراه فيستوى أن تكون مشروعه متى كان من شأنها أن تشيع الرهبة فى نفس الموفى وتدفعه إلى الوفاء.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص١٦١٨)

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧).

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٥٥٧)

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجبار شركة على أن تدفع ضريبة السير في الطرق الزراعية عن طريق تهديدها بعدم إعطائها رخصة بتسيير مركباتها أو بعدم تجديد هذه الرخصة يجعل للشركة الحق فى أن تسترد ما دفعته دون حق إذا كانت الضريبة غير قانونية (٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م٥٢ ص٦٨- أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٠٢).

هذا وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «فإذا أقام المدعى =

٢ – الوفاء بدين كان مستحقا وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق

٨٢٦– ركنان: تختلف هذه الحالة عن الحالة التى سبقتها فى أن الدين الذى دفع فى الحالة السابقة لم يكن مستحقاً فى ذمة الدافع وقد وفاه هذا عن غلط أو إكراه أو وهو ناقص الأهلية، أما الدين الذى وفاه الدافع فى الحالة التى نحن بصددها فهو دين مستحق واجب الوفاء وقت الدفع ولكنه أصبح غير مستحق بعد ذلك. وتقوم هذه الحالة هى الأخرى على ركنين: (١) وفاء صحيح بدين مستحق الأداء. (٢) زوال سبب هذا الدين بعد أن تم الوفاء به.

أ– الركن الأول: وفاء صحيح بدين مستحق الأداء:

٨٢٧– هذا هو عكس ما قررناه فى الحالة السابقة، فهناك كنا أمام وفاء غير صحيح بدين غير مستحق الأداء، أما هنا فنحن أمام وفاء صحيح بدين مستحق الأداء. ومثل الدين المستحق الأداء أن يكون ديناً واجباً بعقد معلق على شرط فاسخ أو قابل للفسخ أو قابل للإبطال. فما دام الشرط الفاسخ لم يتحقق، وما دام العقد لم يطلب فسخه أو إبطاله، فإن الالتزام الناشئ من العقد يكون ديناً مستحق الأداء، ويلزم المدين بالوفاء به.

وسواء وفى المدين الدين اختيارياً أو إجبارياً فإن وفاءه صحيح، ولا يشوب الوفاء هنا ما يشوبه فى الحالة السابقة من عيب، إذ الدين صحيح وواجب الأداء، والوفاء به أيضاً وفاء صحيح مبرئ للذمة.

ب– الركن الثانى: زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به:

٨٢٨– وما دام الدين صحيحاً واجب الأداء، وقد وفى به المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة، فقد انقضى الدين، ولا سبيل لاسترداده بعد انقضائه. ولكن الذى يحدث فى هذه الحالة، فيفتح السبيل إلى الاسترداد، هو أن السبب الذى كان مصدراً لهذا الدين يزول: يتحقق الشرط الفاسخ الذى كان الالتزام معلقاً عليه، أو يفسخ العقد الذى كان قابلاً للفسخ، أو يبطل العقد الذى كان قابلا للابطال. ففى هذه الصور جميعاً يتبين أن الدين الذى وفى به المدين، ولو أنه كان ديناً مستحق الأداء وقت الوفاء به، قد زال سببه فأصبح غير مستحق، ويتبين تبعا لذلك أن المدين قد وفى ديناً غير مستحق فيجوز له استرداده(١).

=هذا الدليل (على أنه وفى ديناً غير مستحق) فيفرض أنه قد أوفى خطأ وأن من حقه أن يسترد ما دفع. وقد نص التقنين الأسبانى على ذلك صراحة، فقرر فى المادة ١٩٠١ أنه يفرض الخطأ فى الوفاء إذا سلم ما لم يستحق أصلا أو ما سبق أداؤه. ويضيف النص إلى ذلك: ولكن يجوز لمن يطلب إليه الرد أن يقيم الدليل على أن التسليم كان على سبيل التبرع أو لأى سبب مشروع آخر. والواقع أن من تسلم ما يدعى بعدم استحقاقه له لا يكون عليه إلا إسقاط قرينة الخطأ فى الوفاء. فإذا أثبت أن الوفاء بما لم يكن مستحقاً قد تم عن بينة من الموفى، فيفرض أنه أوفى على سبيل التبرع، إلا أن يكون غير كامل الأهلية أو أن يقوم الدليل على أنه أدى ما أداه تحت سلطان إكراه: كما إذا كان قد فقد المخالصة وأكره بذلك على الوفاء مرة أخرى». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٤٩– ص٤٥٠).

(١) وإذا كان لابد من القول فى هذه الحالة بأن هناك غلطاً فى جانب الدافع وهو يدفع الدين، فمن =

وتورد أمثلة على ما قدمناه:

شخص يشترى عيناً تحت شرط فاسخ، ويدفع الثمن، ثم يتحقق الشرط. هنا يزول بانفساخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن، ويكون له أن يسترد الثمن من البائع بدعوى استرداد المدفوع بغير حق.

مشتر يدفع ثمن ما اشتراه، ولكن المبيع يستحق فى يده، فيفسخ البيع. هنا أيضاً يزول بفسخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن، ويسترد من البائع ما دفع. وكثيراً ما يتحقق هذا الفرض فى الصورة العملية الآتية: عقار مرهون يباع جبراً على المدين، ويدفع من رسا عليه المزاد الثمن للدائنين المرتهنين وفاء لحقوقهم، ثم يستحق العقار فى يد الراسى عليه المزاد وينتزعه منه المالك الحقيقى. لاشك فى أن الراسى عليه المزاد فى هذه الحالة يستطيع الرجوع على مدينه – وهو البائع – بضمان الاستحقاق. ولكن ألا يجوز له الرجوع على الدائنين المرتهنين أنفسهم فيسترد منهم ما دفعه لهم بدعوى استرداد المدفوع بغير حق؟ تردد القضاء الفرنسى فى ذلك، ثم استقر على جواز الرجوع على الدائنين المرتهنين(١). ويمكن توجيه هذا القضاء على اعتبار أن البيع فى المزاد قد انفسخ باستحقاق المبيع، فأصبح الراسى عليه المزاد غير مدين بالثمن، ويكون قد دفع للدائنين ما هو غير مستحق عليه وقت أن وفاهم ديونهم، فيرجع عليهم بما دفع. ويتبين من ذلك أن الراسى عليه المزاد يكون فى هذه الحالة مخيراً بين الرجوع بضمان الاستحقاق على المدين أو الرجوع باسترداد المدفوع بغير حق على الدائنين(٢). وهذا هو أيضاً ما جرى عليه القضاء فى مصر(٣).

=الممكن القول بذلك على الاعتبار الآتى: أن الدافع وقت أن دفع الدين المعلق على شرط فاسخ أو الدين الواجب بعقد قابل للفسخ أو قابل للأبطال لم يكن يعلم أن الشرط الفاسخ سيتحقق أو أن العقد قابل للفسخ أو للأبطال. ويترتب على ذلك أنه لو دفع ديناً معلقاً على شرط فاسخ وهو يعلم أن الشرط قد تحقق، أو ديناً واجباً بعقد قابل للفسخ وهو عالم بقيام سبب الفسخ، حمل ذلك منه على أنه يفى بالتزام طبيعى أو على أنه متبرع. وإذا دفع ديناً واجباً بعقد قابل للابطال وهو يعلم ذلك اعتبر دفعه للدين إجازة للعقد.

(١) محكمة استئناف ليون فى ١٥ ديسمبر سنة ١٨٤١ سيريه ١٨٤٢ –٢–١٦٨– محكمة استئناف ريوم فى ٢٨ يونية سنة ١٨٥٥ داللوز ١٨٥٦ –٢–١٣٦– محكمة استئناف الجزائر فى ٢ يناير سنة ١٨٨٣ سيريه ١٨٨٤ –٢–١٧.

(٢) أنظر فى هذا المعنى لاروميبير م١٣٧٧ فقرة ١٧– ديمولومب ٣١ فقرة ٣٠٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٢٣٧ – ديموج٣ فقرة ٩٥.

(٣) استئناف مختلط فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م١٢ ص٢٨– وفى ٢٣ يونية سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٤٣٠ (وفى هذه القضية كان الدافع حائزاً للعقار ووفى الدائن المرتهن. ثم نزعت ملكية العقار فرسا عليه المزاد، فيكون قد وفى الدائن المرتهن مرتين وله الرجوع عليه بدعوى غير المستحق). وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٢٥٨.

ويقرب من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا كان المدينون أخوة ثلاثة، ووقع خطأ فى قائمة التوزيع النهائية فلم يذكر إلا إثنان منهم، ولم يدرج إلا دائنو هذين الاثنين فاستولوا على جميع الثمن، كان على هؤلاء الدائنين أن يردوا ثلث ما استولوا عليه لدائنى الأخ الثالث =

قاصر اشترى منزلا ودفع ثمنه للبائع. العقد هنا قابل للإبطال، فإذا أبطله القاصر زال سبب التزامه بدفع الثمن، وكان له هنا أيضاً أن يسترد ما دفع.

المطلب الثانى

تكييف الالتزام برد ما أخذ دون حق

٨٢٩- تحليل حالتى غير المستحق وردهما إلى قاعدة الإثراء بلا سبب: قدمنا أن دفع غير المستحق ليس إلا صورة من صور الإثراء بلا سبب ونحلل الآن كلا من حالتيه لتبين ذلك فى وضوح.

فالحالة الأولى، وهى حالة دفع دين غير مستحق وقت الوفاء به، تنطوى على عمل من أعمال الوفاء قد شابه عيب يجعله قابلا للإبطال. فالدافع لدين غير مستحق إما أن يكون قد دفع عن غلط ـ وكالغلط التدليس – أو عن إكراه، وإما أن يكون ناقص الأهلية. ولما كان الوفاء عملا قانونياً (acte juridique) فهو قابل للإبطال لهذا العيب الذى شابه. وللدافع إذن أن يبطله. ومتى بطل زال السبب الذى نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له. فيثرى المدفوع له دون سبب على حساب الدافع. ومن ثم يسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء[1].

وترد أيضاً الحالة الثانية إلى قاعدة الإثراء بلا سبب. ففيها يفى الدافع بدين مستحق

=(١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص١٥٧). وقضت أيضاً بأنه إذا وقع الدين المحال عليه عن غلط كل الدين إلى المحال له، بالرغم من وجود حجوز تحت يده، كان له أن يسترد من المحال له ما أخذه هذا دون حق (٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥١٣). وقضت كذلك بأنه إذا دفع المشترى وقت توقيع العقد الابتدائى قسطاً من الثمن لدائن مرتهن، لم نزع هذا الدائن ملكية العقار المبيع فاستولى على حقه، جاز للمشترى أن يسترد منه ما سبق أن دفعه له (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م٥٣ ص٥١). أنظر مع ذلك محكمة مصر المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ١٣٣ ص٢٣٠ – وانظر أيضاً ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن الدائن المدرج فى كشف التوزيع لا يجوز أن يسترد منه ما أخذ بحجة أنه أخذ أكثر من حقه إذا لم تحصل منازعة فى إدراجه فى كشف التوزيع وفاتت مواعيد الطعن(٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م١٣ ص٣١٩ – ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٢٥٤– أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٣٧ – ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص١٣٩)، وذلك ما لم يقع منه تدليس (١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٩٥ – ١٢ مايو سنة ١٩٤٩م ٦١ ص١٢٢).

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «ليس دفع غير المستحق سوى تطبيق خاص للقاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب. فالوفاء بدين تصرف قانونى يجب أن تجتمع له الشروط الواجب توافرها فى سائر التصرفات القانونية. فيشترط أن يكون بوجه خاص خلواً مما يعيب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه، وأن يصدر ممن تتوافر لديه أهلية الوفاء. فإذا شاب الرضاء عيب من هذه العيوب أو تخلف شرط الأهلية كان الوفاء غير صحيح. ويعتبر من تسلم ما أوفى به أو أدى على هذا الوجه قد أثرى دون سبب، ويصبح ملزماً بالرد وفقاً لقواعد الإثراء». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٤٨).

الأداء، ثم يزول سبب استحقاق الدين بتحقق الشرط الفاسخ أو بفسخ العقد أو بإبطاله. فالوفاء الذى كان العقد سبباً له أصبح الآن دون سبب بزوال العقد. ومن ثم يبطل الوفاء. ومتى بطل زال السبب الذى نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له. فيثرى المدفوع له، هنا أيضاً، دون سبب على حساب الدافع، ويسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء.

ولما كان الوفاء يبطل فى الحالتين كعمل قانونى، فهو لا يبقى إذن إلا كواقعة مادية، هى الواقعة التى ترتب عليها إثراء المدفوع له وافتقار الدافع، ومن ثم فهى الواقعة التى تنشئ الالتزام برد المدفوع بغير حق.

وإذا كان دفع غير المستحق، على ما رأينا، صورة من صور الإثراء بلا سبب، إلا أنها صورة تتميز بالخاصية الآتية: قيمة الافتقار فيها تعدل قيمة الإثراء. فالدافع قد افتقر بقيمة ما دفع، والمدفوع له قد أثرى بهذه القيمة ذاتها. ثم يسترد الدافع ما دفع[1]. هذا هو الأصل، ويستثنى منه ما إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية، فينظر إلى القيمة التى انتفع بها فعلا وقد تنقص عن القيمة التى أخذها، فلا يرد إلا القدر الذى انتفع به (م١٨٦)، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلى.

٨٣٠- التمييز بين دين فى الذمة وعين معينة بالذات: ويمكن التمييز، فى دفع غير المستحق، بين ما إذا كانت القيمة التى نقلها الدافع إلى المدفوع له ديناً فى الذمة أو عيناً معينة بالذات. ففى الأمثلة التى سقناها فيما تقدم كانت القيمة المنقولة ديناً فى الذمة، فلما زال سبب الإثراء لم يبق للدافع إلا دعوى شخصية يرجع بها على المدفوع له هى دعوى استرداد المدفوع بغير حق. أما إذا كانت القيمة عيناً معينة بالذات، كما إذا كان المدفوع عقاراً باعه صاحبه وسلمه للمشترى ثم فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن، فإن العقار بفسخ البيع تعود ملكيته للبائع، إذ هو عين معينة بالذات وليس ديناً فى الذمة. ومن ثم يكون للدافع فى هذه الحالة، إلى جانب دعوى استرداد المدفوع بغير حق وهى دعوى شخصية، دعوى عينية هى دعوى الاستحقاق[2].

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «يلتزم من يتسلم غير المستحق برد ما يؤدى إليه. وليس ترتيب هذا الالتزام إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإثراء. فمما لا ريب فيه أن من يقبض غير المستحق يثرى دون سبب مادام وفاء من أدى قد وقع غير صحيح. وأقل قيمة ينبغى ردها هى مقدار المبلغ الذى سلم بغير حق. ومع ذلك فليس ثمة محل للمفاضلة بين قيم شتى، إذ الأمر ينحصر فى قيمة واحدة. فالمبلغ الذى يدفع يمثل قيمة ما أثرى به المدين وما نقص من مال الدائن فى آن واحد» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٥٩).

(٢) قارن ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٥٩). وقد يجوز التفريق من بعض الوجوه بين قاعدة الإثراء بلا سبب فى ذاتها وبين تطبيقها فى حالة دفع غير المستحق. فيراعى أن الإثراء بلا سبب يستلزم دخول ما يثرى به المدين فى ذمته المالية، ولا يلزم بالرد إلا بمقتضى التزام شخصى. وعلى النقيض من ذلك لا يترتب على دفع غير المستحق انتقال ملك ما يؤدى دون حق إلى المدين ودخوله فى ذمته. ذلك أن هذا الوفاء، وهو =

المبحث الثانى

أحكام دفع غير المستحق

٨٣١- دعوى استرداد غير المستحق: إذا تحققت حالة من حالتى دفع غير المستحق نشأت دعوى لمصلحة الدافع قبل المدفوع له هى دعوى استرداد غير المستحق. وتستعرض فى هذه الدعوى من يكون المدعى، ومن يكون المدعى عليه، وما الذى يطالب به المدعى المدعى عليه، وكيف تسقط هذه الدعوى فى بعض الحالات الخاصة.

المطلب الأول

المدعى والمدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

أ- المدعى:

٨٣٢- المدعى فى هذه الدعوى هو الدائن الذى يسترد ما دفع دون حق. والدائن هو من حصل الدفع من ماله[1] لأنه هو الذى افتقر. ويغلب أن يكون هو الذى تولى الدفع فعلا، فيفترض أنه دفع من ماله.

وقد يكون الوكيل هو الذى تولى الدفع. فإن كان قد دفع من مال الأصيل فالأصيل هو الدائن. وإن كان قد دفع من ماله الخاص ولم يجز الأصيل الدفع كان الوكيل هو الدائن. والمفروض فى الوكيل إذا دفع عن الأصيل أنه يدفع من مال الأصيل لا من ماله هو.

وقد يكون النائب – الوصى أو القيم أو ناظر الوقف الخ – هو الذى تولى الدفع عن الأصيل. وحكمه فى ذلك حكم الوكيل على النحو الذى فصلناه.

وإذا دفع الكفيل أكثر من الدين الذى فى ذمة المكفول، كان هو الدائن بقدر الزيادة.

ويجوز لدائنى الدائن أن يستعملوا حقه فيطالبوا باسترداد المدفوع دون حق طبقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة. ويجوز كذلك لورثة الدائن بعد موته أن يستعملوا هذا الحق الذى آل إليهم بالميراث[2].

=قابل للبطلان بحكم الحال، لا يكون من شأنه نقل الملك. فالمدين يلتزم برد ما تلقى عينا لا بمقتضى التزام شخصى، بل بمقتضى استحقاق الغير له. على أن هذا الفارق الفقهى البحت لا يحول دون اعتبار أحكام دفع غير المستحق تطبيقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب من حيث مضمون الفكرة بوجه عام. والحق أن من يتسلم غير المستحق يتعين عليه رده بمقتضى التزام يقع على عاتقه طبقاً لهذه القاعدة، دون أن يكون هناك محل للتفريق بين ما إذا كان من تسلم حسن النية أو سيئها، وما إذا كان ما سلم من القيمات أو المثليات.

(١) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٤٩.

(٢) وقد يدفع مدين الدين لغير دائنه، فيستطيع الرجوع بدعوى غير المستحق على المدفوع له، ويبقى الدائن الحقيقى أن يرجع بحقه على هذا المدين. ولكن هل يجوز، تجنباً لتعدد الرجوع، أن نجعل

ب- المدعى عليه:

٨٣٣- والمدعى عليه، أى المدين فى دعوى غير المستحق، هو المدفوع له بغير حق، حتى لو كان الدفع لوكيله أو نائبه من وصى أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك.

وإذا كان المدعى عليه ناقص الأهلية كان الرجوع عليه بقدر ما انتفع على النحو الذى نبينه فيما يلى[1].

المطلب الثانى

بماذا يطالب المدعى المدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

٨٣٤- النصوص القانونية: نصت المادة ١٨٥ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«١- إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم».

«٢- أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التى جناها، أو التى قصر فى جنيها، من الشئ الذى تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيئ النية».

«٣- وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى[2]».

ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو كان سيئ النية. وهذا التمييز جوهرى فى تحديد مقدار ما يرجع به الدافع على المدفوع له.

الدائن الحقيقى يرجع مباشرة على المدفوع له؟ لا نرى وجهاً لرجوع الدائن الحقيقى على المدفوع له بدعوى غير المستحق لأن الذى يرجع بهذه الدعوى هو المدين الذى دفع من ماله كما رأينا، ولا بدعوى الإثراء لأنه لم يفتقر إذ أن حقه لا يزال باقياً فى ذمة المدين. ولكن يستطيع استعمال حق مدينه فى الرجوع على المدفوع له عن طريق الدعوى غير المباشرة. وقد يستطيع أيضاً أن يرجع على المدفوع له بدعوى الفضالة إذا كان هذا قد نظر إلى مصلحته فتقبل الدفع نيابة عنه. (أنظر فى هذه المسألة ديموج٣ ص٩٩- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٢٤٤).

(١) وإذا استوفى دائن حقه من غير المدين، كان للدافع أن يرجع بدعوى غير المستحق على هذا الدائن، وبدعوى الإثراء بلا سبب على المدين الحقيقى. ولكنه لا يرجع على المدين الحقيقى بدعوى غير المستحق طبقاً للقواعد التى بيناها.

(٢) وكان النص فى القانون المدنى القديم على الوجه الآتى: «فإذا أخذ ذلك الشئ مع علمه بعدم استحقاقه له كان مسئولا عن فقده وملزما بفوائده وريعه» (م١٤٦/٢٠٧ قديم). وظاهر أن النص الجديد أوضح بياناً من النص القديم. **تاريخ النص الجديد:** ورد هذا النص فى المادة ٢٥٤ من المشروع التمهيدى مع خلافات لفظية طفيفة. وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال هذه التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة، وأصبح رقم المادة ١٩٠ فى المشروع النهائى. وفى مجلس النواب ووفق على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٠. وفى مجلس الشيوخ ووفق على المادة دون تعديل، وأصبح رقمها ١٨٥. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٥٧ – ص٤٦١).

فنستعرض أحكام كل فرض من هذين الفرضين، ثم نستعرض حالتين معينتين تميزتا بأحكام خاصة.

١ – المدفوع له حسن النية

٨٣٥– حسن النية هنا معناه أن المدفوع له يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له. والمفروض أن المدفوع له حسن النية فلا يكلف إثبات حسن نيته. والدافع هو الذى عليه أن يثبت سوء نية المدفوع له إذا ادعى ذلك، فيثبت أن المدفوع له كان يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له فهو سيئ النية منذ البداية، أو أنه علم بعد أن تسلم الشئ أنه غير مستحق له فهو حسن النية وقت التسلم سيئ النية بعد ذلك. ويجوز إثبات سوء النية بجميع طرق الإثبات، ولو بالبينة والقرائن، لأن سوء النية واقعة مادية.

فإذا كان المدفوع له حسن النية على الوجه الذى بيناه، فإما أن يكون قد تسلم نقوداً أو أشياء مثلية وإما أن يكون قد تسلم عيناً معينة بالذات. ويختلف الحكم فى كل من الحالتين.

أ– المدفوع نقود أو أشياء مثلية:

٨٣٦– إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية – غلالا أو أقطاناً أو نحو ذلك – فإنه يدخل ديناً فى ذمة المدفوع له، ويجب عليه رده بدعوى غير المستحق(1). ويرد مقدار النقد الذى تسلمه دون نظر لتغير سعر النقد، أو يرد القدر الذى أخذ من الأشياء المثلية(١).

(١) ويجوز، طبقاً للمادة ٢٠٥ من القانون المدنى الجديد، أن يحصل الدائن على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال، كما يجوز للدائن أن يطالب بقيمة الشئ، من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض.
هذا وإذا أصدرت شركة سندات استهلكتها فيما بعد، ودفعت غلطاً فوائد هذه السندات بعد استهلاكها، فإن لها أن تسترد الفوائد التى دفعتها دون حق أو أن تجعل ما دفعته من الفوائد قصاصاً فى بعض رأس مال السندات التى استهلكت. ولكن صدر قانون فى فرنسا فى أول أغسطس سنة ١٨٩٣ يقضى بأن الشركة لا تسترد فى هذه الحالة الفوائد التى دفعتها، وعليها أن ترد رأس مال السندات المستهلكة كاملا. ويبررون هذا الحكم فى فرنسا بخطأ الشركة فى الاستمرار على دفع فوائد السندات بعد استهلاكها وبأن هذه الفوائد تقابل ريع رأس مال السندات المستهلكة قبل دفعه (أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٤٣).

(1) أ– متى قضى بحكم حائز لقوة الامر المقضى بزوال سبب التزام الزوج باداء النفقه التى تمهد بادائها فان مؤدى ذلك أن تلتزم الطاعنة «الزوجة» برد ما قبضته تنفيذا لحكم النفقه وأن وفاء المطعون ضده بهذه المبالغ يعتبر بعد زوال سبب التزامه وفاء بما ليس مستحقا ولا يفترض فيه التبرع إذا لم يكن الوفاء عن اختيار وانما عن اكراه وتحت تأثير اوامر الاداء الصادرة بهذه النفقه بالنفاذ المعجل (جلسة ١٩٦٦/٢/٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص٢٤٧).
ب– متى كان استناد الطاعنة إلى المادة ١٨٢ من القانون المدنى يفتقر إلى الدليل على أن سببه قد زال – بصدور القانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٥٩– بعد ان كانت قد أوفت إلى المطعون ضده بالمبلغ الزائد فى مكافأة نهاية الخدمة الذى تطالب برده، وإذ لم يثبت أن الوفاء قد تم قبل زوال سببه فان استناد الطاعنة إلى المادة ١٨٢ المشار إليها يكون على غير أساس.
(جلسة ١٩٧٥/٢/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص٣٥٩).

أما الثمرات والفوائد فلا يلتزم بردها ما دام حسن النية، لأنه تملكها بالقبض. ويلتزم بها إذا أصبح سيئ النية ومن وقت أن أصبح كذلك. وعلى أى حال يلتزم برد الثمرات والفوائد من يوم رفع الدعوى، إذ يفترض سوء نيته من وقت مطالبته قضائياً برد ما تسلمه دون حق(١).

ب– المدفوع عين معينة بالذات:

٨٣٧– رد العين: وإذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات – سيارة أو فرساً أو أرضاً أو منزلاً فقد رأينا فيما قدمناه أن ملكية العين تعود إلى الدافع، وله فى استرداد العين دعويان، دعوى عينية هى دعوى الاستحقاق، ودعوى شخصية هى دعوى غير المستحق. ونقصر كلامنا على الدعوى الثانية فهى وحدها محل البحث هنا.

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصوص فى هذا الموضوع حذفت فى لجنة المراجعة تجنباً للتفصيلات(٢)، فجاء المشروع النهائى خلواً منها. على أن الأحكام التى تضمنتها النصوص المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة التى يعمل بها فيما إذا حاز الغير عيناً معينة بالذات. وهذه القواعد نجدها مقررة فى نصوص أخرى تبين متى يتملك الحائز الثمار (م٩٧٨ – ٩٧٩)، وكيف يسترد المصروفات (م٩٨٠– ٩٨٢)، وتحدد مسئوليته عن الهلاك والتلف (م٩٨٣– ٩٨٤). ولما كان المدفوع له بعين معينة بالذات لا يخرج عن أن يكون حائزاً لهذه العين، فإن النصوص المتقدمة الذكر هى التى تنطبق على حالته. لذلك يتعين فى تفصيل ما نحن فى صدده بهذه النصوص التى تقرر القواعد العامة والنصوص المحذوفة من المشروع التمهيدى.

نصت المادة ٢٥٥ من المشروع التمهيدى – وقد حذفت عند المراجعة كما أسلفنا القول – على أن «كل من تسلم دون حق شيئاً معيناً بالذات التزم برده عيناً ما دام قائماً». وليس هذا النص المحذوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة. فالمدفوع له بعين معينة بالذات يلتزم

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «أما فيما يتعلق بثمرات الشئ الذى سلم فثمة محل للتفريق بين من قبض بحسن نية ومن قبض بسوء نية. فلا يلزم الأول بالثمرات أو الفوائد إلا من وقت رفع الدعوى، لأنه يمتلك الثمرات ما دام حسن النية وفقاً للقواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٦٠).
هذا والمطالبة القضائية برد الشئ غير المستحق إذا كان نقداً توجب دفع الفوائد القانونية (٤٪ فى المسائل المدنية و٥٪ فى المسائل التجارية) من وقت المطالبة متى دخلت المطالبة بالفوائد فى صحيفة الدعوى (م٢٢٦)، وتوجب رد الثمرات أو التعويض بحسب ما يقدر القاضى من وقت رفع الدعوى إذا كان المدفوع أشياء مثلية لا نقدا.
أنظر فى الموضوع استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م١ ص١٤٧ – ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤٥٢ – محكمة مصر المختلطة التجارية ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٣٢ ص١٢٧ – دى هلتس تحت لفظ Ex-paiement فقرة ١٦٦ وما بعدها – الدكتور عبد السلام ذهنى فى الالتزامات ص٦٨٨.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٥٩.

بردها عيناً للدافع بمقتضى التزام شخصي هو رد غير المستحق. والمفروض في ذلك أن العين لا تزال قائمة في يد المدفوع له، لم تهلك ولم تنتقل إلى يد أخرى. وقبل أن نعرض لبيان الحكم فيما إذا هلكت العين أو انتقلت إلى يد أخرى، نبين الحكم في رد الثمار واسترداد المصروفات.

٨٣٨– رد الثمار واسترداد المصروفات: أما الثمار فإن المدفوع له حسن النية يكسبها بالقبض إلى يوم رفع الدعوى. نستخلص هذا الحكم من المادة ١٨٥ التي سبق ذكرها، ونراه صريحاً في المادة ٩٧٨ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة، وقد جرت بما يأتي: «١– يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية. ٢– والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً»[1].

---

(١) وقد يقبض المستحق في الوقف نصيبه في الغلة، ثم يتبين أنه غير مستحق في الوقف أو أنه قبض أكثر من نصيبه، فيعتبر الاستحقاق (وهو حق الانتفاع العيني) في هذه الحالة عيناً مدفوعة دون حق، ويجب على المدفوع له ردها، ولكن إذا كان هذا حسن النية فإنه لا يرد غلة الوقف التي صرفها له الناظر لأنها تعتبر ثماراً ملكها بالقبض. وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في وضوح على الوجه الآتي: «إن تطبيق المادتين ١٤٥ و١٤٦ من القانون المدني (م١٨١ و١٨٥ جديد) يقتضي حتما التفريق بين الشيء المأخوذ بدون حق وبين ثمرته، فإن لكل حكماً، إذ الشيء المأخوذ واجب الرد على كل حال، أما الثمرة فواجبة الرد إذا كان آخذ الشيء قد أخذه بسوء نية عالماً ألا حق له فيه. أما إذا كان أخذه إياه وقع بسلامة نية دون علمه بعدم استحقاقه له فلا رد للثمرة. فإذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم أن زيداً كان يعتبر نفسه مستحقاً في وقف، وكان يعتقد هذا تمام الاعتقاد، ويعتقده معه ناظر الوقف وباقي المستحقين اعتقادهم جميعاً سليمو النية فيه، واستمر زيد مدة طويلة يستولي على نصيبه من غلة الوقف، حتى جاء بكر فادعى الاستحقاق دونه وحصل على حكم شرعي نهائي لمصلحته، ثم رفع بكر دعوى يطالب بها زيداً أن يرد ما أخذه من غلة الوقف في السنين الماضية التي استولى فيها على هذه الغلة، فهذه الوقائع تدل على أن الذي أخذه زيد بدون حق إنما هو حق الانتفاع أو أصل الاستحقاق، ذلك الحق العيني الذي كان واضعاً يده عليه بواسطة ناظر الوقف، وأن المال الذي كان يقبضه سنوياً إنما هو الثمرة الناتجة من ذلك الحق العيني الذي أخذه بدون وجه حق. وإذن فالشيء الذي يجب رده بمقتضى المادة ١٤٥ (م١٨١ جديد) هو أصل الاستحقاق في الوقف أي حق الانتفاع العيني (droit d'usufruit) وهو ما حصل رده تنفيذاً للحكم الشرعي. أما الثمرة وهي الريع الذي كان يقبضه فغير واجب ردها ما دام أخذه لأصل الحق المنتج لها ووضع يده عليه كان بسلامة نية» (نقض في ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٨ ص٧٩٣).

وعلى أساس أن المستحق في الوقف لا يلزم برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه إلا إذا كان سيء النية ينبغي أن يفهم الحكم الآتي الصادر هو أيضاً من محكمة النقض: «التزام المستحق في الوقف برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه يقوم على حكم المادة ١٤٥ من القانون المدني (م١٨١ جديد)، فالحكم الذي يلزمه بالرد منعاً من إثرائه على حساب الغير (والأولى أن يقال رداً لما أخذ دون حق) لا مخالفة فيه للقانون. ولا محل للاحتجاج بالمادة ١٤٧ مدني (م٢٠١ جديد) إذ أنها وردت في شأن الالتزامات الطبيعية وامتناع الرد فيما يوفى منها» (نقض ١٣ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٤ ص١٩١).

ومع ذلك أنظر الحكم الآتي وقد صدر أيضاً من محكمة النقض: «إذا كان الوقف صادراً على ذرية الواقف، وبرهن أحد على أنه من الذرية وأثبت استحقاقه، وكان الخلاف على استحقاقه متعلقاً =

ومن ثم ترى أن المدفوع له حسن النية لا [illegible] الثمار سواء كان المدفوع عيناً معينة بالذات أو كان نقوداً أو أشياء مثلية[1].

= بالنسب، فإن الحكم يكون مستنداً إلى وقت الوقف ويكون له الرجوع بحصته في السنين الماضية على من قبضه من المستحقين. أما إذا كان الخلاف غير متعلق بالنسب، وإنما يتعلق بقيام الشرط فيه بعد تفسيره، كما إذا وقع على أولاد ولده وأثبت شخص أنه من أولاد البنات وقضى بدخوله، فإنه لا يستحق شيئاً من غلة السنين الماضية المستهلكة لأن القضاء يكون مثبتاً أنه من الموقوف عليهم لا مظهراً لوجود شبهة الاقتصار في شرط الوقف، فإن كانت الغلة موجوده استحق فيها نصيبه وإلا فلا» (نقض ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم٦ ص١٢٦). ويبدو أن محكمة النقض هنا جعلت العبرة في استرداد الغلة الماضية بكون الحكم مظهراً لا مثبتاً. والأولى الوقوف عند نية من استولى على الغلة، فإن كان سيء النية فإنه يرد ما استولى عليه، وأما إذا كان حسن النية فإنه لا يرد شيئاً من الغلة.

أنظر أيضاً في هذه المسألة محكمة استئناف مصر في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤/١٤٠ ص٣٤٠– وفي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٣ ص٥٤٦. ومحكمة الإسكندرية الابتدائية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٩.

(١) هذا وتقدير ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئها مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بما يأتي: «تعتبر مسألة حسن نية واضع اليد على العقار مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع الحق المطلق في تقديرها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها. فإذا قضت المحكمة بإعفاء المشتري من ريع الأرض التي اشتراها إلى تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه بناء على أنه كان حسن النية إلى ذلك التاريخ فلا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك» (نقض ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص١٣). وقضت أيضاً بما يأتي: «إن تعرف حقيقة نية واضع اليد عند البحث في تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى. فمن سلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان قضاؤها مبنياً على مقدمات من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها. فإذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقف جميعاً وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها في شأن هذه الحجج وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفتها ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض» (نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر٤ رقم ٢٠ ص٤٦).

فمتى ثبت أن المدفوع له حسن النية فإنه يملك الثمار بقبضها إلى يوم رفع الدعوى. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في هذا المعنى بما يأتي: «لا يلزم واضع اليد برد ثمرة العين إذا كان حسن النية إلى أن ترفع عليه الدعوى، ويلزم بالثمرة من تاريخ رفع الدعوى لا بواقع ما حصله من ريعها ولكن بقدر ما فات صاحب العين من ربح» (استئناف ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة٣ رقم ٢/١١ ص٢٧) – وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص١٧٩ – المجموعة الرسمية ٤ رقم ١/٧١ ص١٦٥ – وفي ٢١ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص١٣٠ – وفي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع٢ رقم ٧٩ ص٨٣ – وفي ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص٧٠ – المحاماة٢ رقم ٨١ ص٢٥٨ – وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/٤٧٧ ص٧٨٤– وفي ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢/١٣١ ص١٧٨: وقد قضى هذا الحكم الأخير بأن وضع يد الورثة على العقار الموقوف باعتقاد أنه مملوك لمورثهم يمنع من مطالبتهم بالريع عن المدة السابقة على تكليفهم – وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٥ يونية سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص١٨٩ – محكمة طنطا في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ الحقوق =

وأما المصروفات التي قد يكون المدفوع له أنفقها على العين، فهذه نرى حكمها

=٢٩ ص١٣٢ – محكمة مصر الكلية الوطنية في ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص٢٧٨. وقد قضت محكمة طنطا بأنه «إذا دلت ظروف الدعوى على وجود التسامح العائلي بين الوالد وولده والاختلاط في المعايش والأرزاق كان الوالد حسن النية في وضع يده على أملاك ابنه وأخذ غلتها، ولا يطلب منه رد ما أخذه، وإنما يبتدئ اعتباره سيئ النية وملزما بالرد من وقت أن رفع ولده دعوى ضده يطالبه فيها بالملكية والتسليم» (طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤١٩ ص٥١٤).

ومن يوم رفع الدعوى يعتبر المدفوع له سيئ النية ويجب عليه رد الثمار، والقرينة هنا قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس، فلا يجوز له إثبات حسن نيته بعد رفع الدعوى. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن «مجرد الإنذار لواضع اليد من المالك الحقيقي بتسليم العقار الذي تحت يده لا يكفي في اعتباره سيئ النية، بل يجب على من يدعي سوء النية أن يقدم الدليل على أن ما قام به من الإنذار لخصمه كان كافياً لتغيير حالته النفسية واعتقاده عدم أحقيته في وضع يده – ولكن يترتب على رفع الدعوى بالمطالبة بالملكية التزام واضع اليد برد الريع من تاريخ المقاضاة من غير أن يكون ثمة محل للبحث في حسن نية واضع اليد المترتب على رفع الدعوى» (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٤٧٧ ص٧٨٤ – أنظر أيضاً استئناف ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٣٧ ص٧٩) – وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً في هذا المعنى بأنه «من المبادئ المقررة قانوناً أن حسن النية عند واضع اليد يزول بمجرد علمه بالعيب الذي يلحق وضع يده، وأن هذا العيب يعتبر موجوداً، وواضع اليد عالماً به من يوم رفع الدعوى عليه. فإذا كانت دعوى الملكية من شأنها أن تنبه واضع اليد على أن العيب الذي يلحق وضع يده ليس قاصراً على الجزء المرفوعة به الدعوى بل إن العيب شامل لجميع العين الواضع يده عليها، كما إذا رفعت الدعوى عليه من أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يخصه، فلا يمكن تخصيص العيب بذلك الجزء في حين أن الحق واحد ودليل الملكية هو بالنسبة لباقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة. وعلم واضع اليد بالعيب الذي يلحق وضع يده من شأنه أن يزيل حسن نيته ويجعله مسئولا عن ثمرة العين كلها من تاريخ هذا العلم» (استئناف ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٩ ص٢٢٨). أنظر أيضاً استئناف مصر ٩ يونية سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٧ ص٥٦٣.

وقضت أيضاً محكمة استئناف مصر بأنه «ليس من الضروري لمسئولية واضع اليد على عقار بحسن نية عن الغلة من وقت رفع الدعوى عليه أن يصبح سيئ النية بعد رفع الدعوى، بل يكفي لذلك أن يظهر فيما بعد بمقتضى حكم نهائي أن منازعه يملك الأرض من قبل أن يتملكها البائع له لأن هذا الحكم مقرر للحق لا منشئ له، وله أثر رجعي ينسحب فيما يتعلق بالريع إلى وقت رفع الدعوى. ولكل من كان واضعاً يده بحسن نية على عقار حق الاستيلاء على ريعه، وإنما يلزم واضع اليد في جميع الأحوال برد الريع من يوم رفع الدعوى باستحقاق العقار عليه إذا حكم عليه فيها، وذلك لأن حقوق المتقاضين تعتبر معلقة وموقوفة في بحر مده التقاضي» (استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص٢١٥). وأنظر أيضاً استئناف مصر في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص٥١٨ – وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٨٧ ص١١٥٦.

على أن القضاء المصري في ظل القانون القديم لا يخلو من بعض التردد في تقرير المبدأ القاضي بأن الثمار ترد من يوم رفع الدعوى. فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ (المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص٩١٥) بأنه «من المتفق عليه علماً وعملا أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها، وإذا ثبت حسن نية الخصم في وضع يده فلا تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى عليه ببطلان عقده، وإنما تزول من يوم صدور حكم نهائي بذلك في موضوع الدعوى». وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٦ ص٦٣٦) بأنه «وإن كانت أغلب أحكام القضاء

صريحاً في المادة ٩٨٠ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة، وهي تنص على ما يأتي: «١– على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية».

«٢– أما المصروفات النافعة فيسري في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و٩٢٥».

«٣– فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة». ونرى من ذلك أن المدفوع له إذا كان أنفق على العين مصروفات ضرورية فإنه يستردها كلها من الدافع. وإذا كانت المصروفات نافعة – والمفروض أنه حسن النية – خير الدافع بين أن يدفع ما أنفقه المدفوع له من المصروفات أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات[1]، هذا ما لم يطلب المدفوع له نزع ما استحدثه (م٩٢٥). وإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للمدفوع له أن يرجع على الدافع بشيء في شأنها، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى وفي هذه الصورة يجوز للدافع أن يطلب استبقاء ما استحدثه المدفوع له مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة[2].

٨٣٩– حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها: ونتنقل الآن إلى حالة ما إذا كانت العين قد هلكت أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له. تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدي – وقد حذفت عند المراجعة – على ما يأتي: «فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبي التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سيئ النية، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء في استرداده ولو تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف». وتنص المادة ٩٨٣، وهي التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة،

= قد سارت على اعتبار أن سوء نية واضع اليد يبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلا أنه من المتفق عليه أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها، وليس ضرورياً أن تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى».

وغني عن البيان أن القانون المدني الجديد (م١٨٥ فقرة ٣) قطع كل شك في هذه المسألة بأن أقام قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على سوء نية من تسلم غير المستحق من يوم رفع الدعوى. ويمكن القول أيضاً مع محكمة أسيوط (٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤/٤٢٤/ ص٦٧٢) إن سوء نية واضع اليد الثابت بصدور حكم نهائي إنما يستند إلى يوم رفع الدعوى لأن الأحكام مقررة للحقوق لا منشئة لها.

(١) وهذا الحكم هو تطبيق محض لدعوى الإثراء، فإن الدافع، وهو المثرى، يرد أقل قيمتي الإثراء والافتقار للمدفوع له، وهو المفتقر. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(٢) هذا وقد منح القانون المدني الجديد للدافع الذي يلتزم برد المصروفات للمدفوع له تسهيلات خاصة في الدفع. فنصت المادة ٩٨٢ على أنه «يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين. وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها».

على ما يأتى: «١- إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشئ وفقاً لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع. ٢- ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشئ من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف».

ويتبين من مفهوم المخالفة فى المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ومن صريح النص فى المادة ٩٨٣ أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولا عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ. أما إذا كان قد انتفع بالعين الانتفاع المادى - وفقاً لما يحسبه من حقه - وهلكت العين أو تلفت أو ضاعت، فلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع، كما إذا انتفع بأنقاض منزل فى بناء منزل آخر، أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع، أو ذبح ماشية وانتفع بلحمها[1]. وللدافع فى جميع الأحوال أن يسترد الشئ التالف فى الصورة التى آل إليها بعد التلف، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف ما دام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا.

٨٤٠- حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى: أما إذا كانت العين قد خرجت من يد المدفوع له، إلى يد أخرى، فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى - وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة - على ما يأتى:

«١- من تسلم وهو حسن النية الشئ المعين بالذات وتصرف فيه بعوض قبل أن يعلم أنه ملزم برده، وجب عليه أن يرد ما قبضه من عوض أو أن يحول حقه فى المطالبة بهذا العوض. ٢- فإذا كان قد تصرف بغير عوض فلا يلتزم أن يرد شيئاً، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشئ غير المستحق». وإذا أغفلنا من هذا النص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية لم يكن النص فيما بقى منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة. ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذا تصرف فى العين معاوضة لم يكن مسئولا قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه فى المطالبة به[2]. وإذا تصرف فى العين تبرعاً لم يكن مسئولا عن شئ قبل الدافع.

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه «لا يجوز الحكم بالرد على من أخذ شيئاً بنية سليمة ومن غير سبب صحيح إلا إذا حصل له إثراء فعلا وقت رفع الدعوى، ولا يحكم بالرد إلا بمقدار قيمة هذا الإثراء بصرف النظر عن قيمة ما لحق المدعى من الضرر، فإذا فقد الشئ بغير خطأ المدعى عليه الحسن النية وقت رفع الدعوى لم يكن هناك إثراء ولم يكن هناك موجب للرد» (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٣/١٤٠ ص٣٤٠- المحاماة ٩ رقم ٥٣٥ ص٩٨٩).

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن «الأثر القانونى المترتب على الحكم بقبول دعاوى الاسترداد هو أن المحكوم عليه الحسن النية لا يكون ملزماً إلا برد الزيادة التى حصلت فى ماله، فلا يرد إلا ما حكم عليه برده إن كان قائماً ولم يهلك بحادث قهرى، أو ثمنه الذى قبضه فعلا فى حالة ما إذا كان قد

هذا فى العلاقة ما بين الدافع والمدفوع له. أما فى العلاقة ما بين الدافع والغير الذى انتقلت إليه العين، فالأصل أن التصرف الصادر إلى هذا الغير من المدفوع له، سواء كان معاوضة أو تبرعاً، هو تصرف من غير مالك، فلا يسرى فى حق المالك - أى الدافع - ويستطيع هذا أن يسترد العين باعتباره مالكاً وبدعوى عينية هى دعوى الاستحقاق. هذا ما لم يكن الغير قد كسب ملكية العين بسبب آخر، كالتقادم فى العقار أو الحيازة بحسن نية فى المنقول. فإذا كسب الغير ملكية العين وكان قد دفع عنها عوضاً، فلا يرجع الدافع عليه بشئ لأنه سيأخذ هذا العوض من المدفوع له كما قدمنا. أما إذا كان الغير لم يدفع عوضاً بل تلقى العين تبرعاً، فإن الدافع هنا أيضاً لا يرجع بشئ على الغير لأن هذا قد أثرى بسبب وهو عقد التبرع، وقد مر ذكر ذلك. ولا محل لتطبيق العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى، إذ هى إنما أجازت رجوع الدافع على الغير بقدر ما أثرى تمشياً مع الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى التى كانت تنص على أنه «إذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى». وقد بينا أن هذا الحكم على عدالته فيه خروج على القواعد العامة. ولما كان كل من هذين النصين قد حذف من المشروع التمهيدى، فلا محل لتطبيق ما قضى به من حكم لا يتفق مع هذه القواعد. ونستخلص من ذلك، فى العلاقة ما بين الدافع والغير، أن الدافع يسترد العين من الغير بدعوى الاستحقاق إلا إذا كسب الغير ملكية العين بسبب كالتقادم أو الحيازة، فلا يرجع الدافع عليه بشئ فى هذه الحالة، سواء فى ذلك تلقى العين معاوضة أو تلقاها تبرعاً[1].

٢- المدفوع له سئ النية

٨٤١- إذا أثبت الدافع أن المدفوع له سئ النية، وأنه كان يعلم وقت تسلمه الشئ أو بعد ذلك أن الشئ غير مستحق له، وجب التمييز هنا أيضا بين ما إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية أو كان عيناً معينة بالذات.

أ- المدفوع نقود أو أشياء مثلية:

٨٤٢- يرد المدفوع له مقدار النقد الذى تسلمه، ويعوض عن تغير سعر النقد لأنه سئ النية. وإذا كان المدفوع أشياء مثلية، ردها بالقدر الذى أخذ على النحو الذى بيناه فى حالة ما إذا كان المدفوع له حسن النية.

أما الثمرات والفوائد فيلزم بها المدفوع له سئ النية. وفى هذا تقول الفقرة الثانية من

تصرف فيه بحسن نية، كل ذلك من غير مطالبته بتعويض ما» (استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٧ ص٧٩). أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤١٦.

(١) ستورد فى مكان آخر ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه النصوص المحذوفة.

المادة ١٨٥ : «أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها، أو التي قصر في جنيها، من الشئ الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية»(١).

ب- المدفوع عين معينة بالذات:

٨٤٣- رد العين والثمار واسترداد المصروفات: يلتزم المدفوع له سيئ النية برد العين للدافع ما دامت قائمة (المادة ٢٥٥ المحذوفة من المشروع التمهيدي). ويلتزم أيضاً برد الثمار التي قبضها فعلا أو التي قصر في قبضها(٢). وقد رأينا أن المادة ٩٧٩ تقضي في هذا الصدد بأن «يكون الحائز سيئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار»(٣).

---

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أما سيئ النية فيلزم على نقيض ذلك برد الفوائد أو الأرباح التي حصل عليها أو كان بوسعه أن يحصل عليها من الشئ من وقت القبض أو من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية. وهذا أيضاً تطبيق للقواعد العامة لأن الحائز سيئ النية لا يكون له حق في الثمرات. ويراعى في الحالة الأخيرة أنه إذا كان الشئ المقبوض مبلغاً من النقود فيلتزم من قبضه برد الفوائد محتسبة على أساس السعر المقرر في القانون حتى قبل رفع الدعوى. وهذه حالة من حالات الاستثناء النادرة التي ترد على قاعدة عدم استحقاق الفوائد القانونية إلا من تاريخ رفع الدعوى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٦٠). أنظر استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٨م ١٠ ص١٢٧ - وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م١٦ ص٦٣ - وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢١١.

وتطبيقاً لرد الفوائد عن النقود التي أخذت بغير حق، قضت محكمة النقض بأنه «لا مخالفة للقانون في القضاء بإلزام المقرض بالربا الفاحش بفوائد المبالغ المحكوم عليه بردها محسوبة من تاريخ قبضها» (نقض ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر٣ رقم ٥٨ رقم ٥٨ ص١٩٢).

أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت لا تقضي في مبدأ الأمر برد الفوائد الربوية، ثم قضت بذلك، وترددت، حتى استقرت على الرد (أنظر استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م٦١ ص٤١، ويلخص الحكم تطور القضاء المختلط في هذه المسألة).

(٢) استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١١٣.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن «من اشترى عقاراً فأخرج منه واضع اليد عليه، فله إن كان واضع اليد سيئ النية أن يطالبه بثمار هذا العقار لا من تاريخ تسجيل عقد البيع فقط بل من تاريخ العقد نفسه» (استئناف ٣ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية٤ رقم ٨٤ ص١٩١). وقضت بأنه «في حالة وضع يد بعض الورثة على التركة ومنعهم أحد الورثة من استلام نصيبه يلزم الورثة واضعو اليد جميعاً بالرجوع للوارث الذي حرم من وضع يده، ولهؤلاء الورثة تقسيم المسئولية فيما بينهم إن شاءوا بنسبة ما انتفع به كل منهم من الأطيان» (استئناف ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٢٢ ص٢٨١). وقضت بأن «الشخص الذي يضع يده على أعيان باعتباره مالكاً بمقتضى عقد صدر له من المورث أضيف فيه التمليك والتصرف إلى ما بعد الوفاة واعتبر وصية باطلة لصدورها لوارث يكون مسئولا عن الريع لأن نيته لم تكن حسنة فيما استهلك منه» (استئناف ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة [illegible] رقم ٣١٥ ص٥٢٠).

وأما المصروفات فإن كانت ضرورية استردها كلها (٩٨٠ فقرة أولى). وإن كانت نافعة كان للدافع أن يطلب إزالة ما استحدث أو استبقاءه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات (م٩٨٠ فقرة ٢ وم٩٢٤). وإن كانت كمالية فلا يرجع بشئ على الدافع، ولكن له أن ينزع ما استحدث على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى، إلا إذا اختار الدافع أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (م٩٨٠ فقرة ٣)(١).

٨٤٤- حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها: وإذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له سيئ النية، التزم برد قيمته وقت الهلاك أو التلف أو الضياع، وذلك دون إخلال بحق الدافع في استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م٢٥٦ المحذوفة من المشروع التمهيدي). وقد قضت المادة ٩٨٤ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة بالحكم الآتي: «إذا كان الحائز سيئ النية فإنه يكون مسئولا عن هلاك الشئ أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه». ويتبين من ذلك أن المدفوع له سيئ النية يكون مسئولا عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة، ولا يعفيه من المسئولية إلا أن يثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد الدافع(٢). وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطئه، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ.

٨٤٥- حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى: وإذا خرجت العين من يد المدفوع له سيئ النية، فقد نصت المادة ٢٥٨ المحذوفة من المشروع التمهيدي على ما يأتي: «١- من تسلم ولو بحسن نية الشئ المعين بالذات وتصرف فيه بعوض بعد أن علم أنه ملتزم برده وجب عليه أن يرده عيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى، على أنه يجوز لمن سلم هذا الشئ أن يطالب من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بأن يحل محله في دعوى المطالبة بهذا العوض. ٢- فإذا كان من تسلم الشئ قد تصرف فيه بغير عوض ولم يقم برده عيناً، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشئ غير المستحق». والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا، فيجب إغفالها ما دامت قد حذفت من المشروع التمهيدي. وتبقى الفقرة الأولى وهي تطبيق للقواعد العامة. ويتبين منها أن المدفوع له سيئ النية إذا تصرف في العين معاوضة كان ملزماً قبل الدافع برد العين إليه، ويتم ذلك بانتزاعها من الغير الذي تصرف له. فإن عجز عن

---

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى التسهيلات التي منحها القانون المدني الجديد للدافع الذي يلتزم برد المصروفات للمدفوع له (م٩٨٢).

(٢) قارن مسئولية السارق، فإن الشئ المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت، حتى لو ثبت أن الشئ كان يهلك لو بقي في يد مالكه، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق في جميع الأحوال (م٢٠٧ فقرة ٣).

ذلك، كان الدافع مخيراً بين قيمة العين[1] والعوض الذى أعطى فيها. أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً فلا يبقى أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له.

وفى العلاقة ما بين الدافع والغير الذى انتقلت إليه العين لا يختلف الحكم عما قررناه في صدد المدفوع له حسن النية إذا انتقلت العين من يده إلى يد أخرى معاوضة أو تبرعاً. ذلك أن الغير فى علاقته بالدافع لا يتأثر بنية المدفوع له، حسنة كانت هذه النية أو سيئة[2].

---

(١) النص المحذوف من المشروع التمهيدى يجعل العبرة في تحديد قيمة العين بوقت رفع الدعوى، ولكن لما كانت القواعد العامة هي التي يجب تطبيقها بعد حذف هذا النص، فإن هذه القواعد تقضى بتحديد قيمة العين وقت التصرف فيها.

(٢) وننقل هنا – بعد أن فرغنا من الكلام فى النصوص المحذوفة من المشروع التمهيدى – ما ورد في المذكرة الإيضاحية في صدد هذه النصوص: «تتناول هذه النصوص المتتابعة حالات خاصة لها أهمية بالغة فى الحياة العملية، حيث يكون الشئ الذى قبض بغير حق معيناً بالذات. فإذا بقى الشئ فى يد من قبضه وجب عليه أن يرده بعينه، إما إلى من سلمه، ويكون ذلك بمقتضى التزام شخصى، وإما إلى مالكه إذا طالب باستحقاقه له. ٢– فإذا ضاع هذا الشئ أو تلف بسبب أجنبى، فيجب التفريق بين حالة من تسلم بحسن نية ومن تسلم وهو سيئ النية. ففى الحالة الأولى يتحمل مالك الشئ تبعة الضياع أو التلف، ولا يلزم حسن النية برد شئ ما، وفقاً للقواعد العامة وفى الحالة الثانية يكون من تسلم الشئ قد ارتكب خطأ ما دام قد تسلمه وهو سئ النية، فهو يتحمل تبعة هذا الخطأ ولو كان التلف أو الضياع بحادث جبرى، وبذلك يلتزم برد قيمة الشئ وقت ضياعه أو تلفه، أى فى آخر وقت كان يتعين عليه الرد فيه. على أن لمن سلم الشئ، فى حالة التلف، أن يطالب بالشئ التالف مع التعويض عن نقص قيمته. وغنى عن البيان أنه إذا تسبب الضياع أو التلف بخطأ شخص معين، كان من وقع منه هذا الخطأ مسئولا عنه. فإذا خرج الشئ من يد من تسلمه على أثر التصرف فيه بعوض فيجب التفريق كذلك بين التصرف بحسن نية وبين التصرف بسوء نية. ويراعى أن من يتسلم الشئ وهو حسن النية قد يصبح سئ النية وقت التصرف، ولا عكس، فسوء النية عند التسلم لا يصبح حسن النية وقت التصرف على أى حال. فإذا وقع التصرف بحسن نية، وكان من قبيل المعاوضة، فلمن سلم الشئ أن يرجع (أ) على من تسلمه منه، ويتعين على هذا الأخير رد العوض الذى قبضه أو تحويل حقه فيه، ولا يلزم برد الشئ عيناً كما هو الشأن بمقتضى تعاقده مع من تسلم هذا الشئ، لأنه تعامل مع غير مالك. فيجوز لمن سلم الشئ أن يطالب باستحقاقه له، ما لم يكن المتصرف له قد كسب حق الملكية فيه بالتقادم أو بالحيازة إن كان من المنقولات. ولا يخل ذلك بما يكون للمتصرف له من حق في الرجوع بالضمان على من تعاقد معه، وهو من تسلم الشئ وأدلى إليه به. فإذا كان التصرف من قبيل التبرعات، فلمن سلم الشئ أن يسترده من يد المتصرف له، وله كذلك أن يطالبه بقيمة ما أثرى به إلا إذا تم له كسب ملكية الشئ من طريق التقادم أو الحيازة باعتبار أن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع – ونستدرك هنا على المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم لا يسرى لأن النص عليه قد حذف وهو لا يتفق مع القواعد العامة). أما إذا كان التصرف من قبيل المعاوضات ووقع بسوء نية، فلمن سلم الشئ أن يرجع على من تسلمه منه وعلى المتصرف له كما هو الشأن فى الفرض الذى تقدمت الإشارة إليه، مع فارق يتمثل فيما يتصل بحق الرجوع من رخص الخيار. ذلك أن من سلم الشئ يكون فى هذه الحالة بالخيار بين إلزام المتصرف بأن يؤدى ما قبض من عوض، أو إلزامه بأن يحل محله فى دعوى المطالبة بهذا العوض. هذا فضلا عن حقه

٣– حالتان ذواتا أحكام خاصة

٨٤٦– الوفاء بدين مؤجل والوفاء لناقص الأهلية: هناك حالتان فى دفع غير المستحق ما أحكام خاصة: (١) حالة الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل (٢) حالة الوفاء ص الأهلية[1].

٨٤٧– (١) الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل: قدمنا أن المادة ١٨٣ من القانون تى الجديد نصت على ما يأتى: «١– يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا بقيام الأجل. ٢– على أنه يجوز للدائن أن مر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر. فإذا كان تزام الذى لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو فاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل»[2]. ولا مقابل بهذا النص فى القانون المدنى القديم، حكم مستحدث.

=الأصيل فى إلزامه برد الشئ عيناً أو رد قيمته وقت رفع الدعوى لا وقت الضياع لأن الشئ لا يزال قائماً (كذا). وإن كان التصرف تبرعاً جاز لمن سلم الشئ أن يرجع على من تسلمه منه، وله أن يلزمه برد الشئ بعينه أو برد قيمته وقت رفع الدعوى دون رد العوض، إذ المفروض أن التصرف وقع بغير مقابل، وله كذلك أن يسترد الشئ من يد المتصرف له، فإذا كان هذا قد كسب حق المالك عليه بالتقادم أو بالحيازة أو لم يتيسر لمن تسلمه أن يرد قيمته التزم قبل من سلم الشئ بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به كما هو الشأن فى الفرض السابق (عين الاستدراك المتقدم)» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٥٨– ص٤٥٩).

(١) وكان القانون المدنى القديم يضيف حالة ثالثة هى حالة الوفاء بالتزام مخالف للآداب فلا يسترد ما دفع فى بعض الأحوال. ولكن القانون الجديد أغفل هذه الحالة كما بينا عند الكلام فى بطلان العقد (أنظر آنفاً فقرة ٣٣٨).

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٥٢ من المشروع التمهيدى مع خلافات لفظية طفيفة ومع إغفال عبارة «وكان الموفى جاهلا بقيام الأجل» فى آخر الفقرة الأولى. وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة وأصبح رقم المادة ١٨٨ فى المشروع النهائى. وفى مجلس النواب ووفق على المادة تحت رقم ١٨٨. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تليت المادة، فاقترح حذفها لما تحدثه من اضطراب فى المعاملات على أن تطبق فى الحالات المنصوص عليها فيها المواد السابقة الخاصة بالإثراء بلا سبب. فعارض فى ذلك ممثل الحكومة قائلا إن حكم الفقرة الثانية من المادة ١٨٦ ينصرف إلى من لا يكون ملزماً بالوفاء أصلا وإن هذه المادة تتكلم عن شخص ملزم إلا أن أجل الوفاء لم يحل بعد، وإن الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه، فإذا تم الدفع من جراء غلطة أو من جراء ظروف لها حكم الغلط، فلمن دفع أن يسترد ما أداه على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل، وقد أقر المشروع الأخذ بهذا الرأى لسلامة منطقه. واقترح أحد الأعضاء استبدال عبارة «إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام» بعبارة «إذا كان التسليم قد تم وفاء لالتزام» فى الفقرة الأولى، كما اقترح إضافة عبارة «وكان الموفى جاهلا قيام الأجل» فى آخر الفقرة. فوافقت اللجنة على ذلك. وجاء فى تقريرها أنها أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة «وكان الموفى جاهلا قيام الأجل» لأن الموفى لو كان عالماً بقيام الأجل ووفى رغم علمه هذا حمل منه ذلك محمل التنازل عن الأجل. وفى مجلس الشيوخ ووفق على المادة كما عدلتها اللجنة رقم ١٨٣. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٥١– ص٤٥٤).

=

والمفروض أن المدين وفى الدين المؤجل قبل حلول أجله وهو جاهل قيام الأجل أو وهو مكره على ذلك، لأنه لو وفى الدين المؤجل وهو عالم بقيام الأجل غير مكره على الوفاء لحمل ذلك منه على أنه نزول عن الأجل، فلا يرجع بشئ على الدائن. والأصل أن المدين إذا وفى الدين قبل حلول أجله على الوجه الذى بيناه كان له أن يسترد ما دفع بدعوى غير المستحق، ثم يوفى الدين عند حلول الأجل. ولكن يجوز للدائن – بدلا من أن يرد الدين ثم يستوفيه ثانية عند حلول أجله – أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر. وهذا يؤدى من الناحية العملية إلى عين النتيجة الأولى مع اختصار فى الإجراءات. وضربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثلا لذلك: مقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية، فيحق له أن يطالب الدائن، إذا لم يشأ هذا أن يرد البناء الذى تسلمه إلى أن يحل الأجل، بأقل القيمتين، قيمة النفقات الإضافية التى تقدمت الإشارة إليها وقيمة إيراد البناء في الشهور الستة[١]. وإذا كان الدين الذى وفى قبل حلول الأجل نقوداً ولم يردها الدائن للمدين على أن تؤدى إليه عند حلول الأجل، كان للمدين – على ما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[٢]– «أن يطالب بما يغل الدين من فائدة بحسب السعر المتفق عليه، أو بحسب السعر المقرر في القانون إذا لم يكن ثمة اتفاق فى هذا الشأن»، وذلك عن المدة الباقية لحلول الأجل. فهذه الفائدة هى التى تمثل ما أفاده الدائن من التعجيل في استيفاء حقه فى حدود ما أصاب المدين من الضرر من جراء الوفاء قبل حلول الأجل[٣].

= هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى: «الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه. فإذا تم الدفع من جراء غلطة أو من جراء ظروف لها حكم الغلط، فلمن دفع أن يسترد ما أداه، على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل. وقد آثر المشروع الأخذ بهذا الرأى لسلامة منطقه، مقتفياً فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى، ولو أن بعض تقنينات أخرى قد أعرضت عنه». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٥١– ص٤٥٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٥٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٥٢.

(٣) هذا ولما كان القانون المدنى القديم لم يجز دعوى غير المستحق فى الدين الذى وفى قبل حلول أجله (الموجز للمؤلف فقرة ٤٠٢ – الدكتور حشمت أبو ستيت ص٣٩٦ هامش رقم ١ – أنظر أيضاً المادة ١١٨٦ من القانون المدنى الفرنسى – ومع ذلك قارن دى هلتس ٢ ص٩٣ فقرة ١٤٤)، فإن القانون المدنى الجديد يكون قد استحدث هنا حكماً جديداً كما قدمنا. وليس لهذا الحكم أثر رجعى. فإذا وفى مدين ديناً قبل حلول أجله، ووقع الوفاء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فلا يرجع بشئ على الدائن حتى لو كان أجل الدين لا يحل إلا فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو فى ميعاد بعد ذلك. أما إذا وقع الوفاء فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فالقانون الجديد هو الذى ينطبق، ويرجع المدين على الدائن بدعوى غير المستحق على النحو الذى بيناه، حتى لو كان الدين الذى وفى قبل حلول أجله قد نشأ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩. ومن ثم نرى أن العبرة فى تطبيق القانون الجديد لا تكون بتاريخ نشوء الدين ولا بتاريخ حلول الأجل، ولكن بتاريخ الوفاء المعجل، فإن هذا الوفاء المعجل هو =

٨٤٨– (٢) **الوفاء لناقص الأهلية:** تنص المادة ١٨٦ على أنه: «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به»[١].

وإذا كان الدافع تشترط فيه الأهلية، حتى أنه لو دفع وهو غير أهل للوفاء فإنه يسترد ما دفع كما سبق أن بينا، فإن المدفوع له لا تشترط فيه الأهلية فى الأصل، إذ أن التزامه بالرد لا يقوم على إرادته، بل هو التزام قوامه قاعدة الإثراء بلا سبب على ما قدمنا. غير أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية، بأن كان قاصراً أو محجوراً عليه، عومل برعاية أكبر من الرعاية التى يعامل بها كامل الأهلية نظراً لنقص أهليته. فهو لا يلتزم برد ما أخذ إلا في حدود ما انتفع به فعلا[٢](1). وفي هذا رجوع عن خاصية دفع غير المستحق التي تعتبر قيمة الإثراء بمقتضاها هى عين قيمة الافتقار، ويعتبر المدفوع له قد أثرى بذات القيمة التى افتقر بها الدافع على النحو الذى قدمناه. وتكون العبرة فى إثراء ناقص الأهلية، الذى تسلم غير المستحق، هو ما انتفع به فعلا لا حكما(2).

وينبني على ذلك أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية، وتسلم عيناً معينة بالذات فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه، لا يكون ملزماً بشئ قبل الدافع حتى لو كان سئ النية، لأن ما فقده دون أن ينتفع به لا يدخل فى تقدير إثرائه وفقاً للمبدأ العام

= الواقعة التي ترتب عليها التزام المدفوع له برد غير المستحق. فإذا وقع الخلاف المعجل فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك كان القانون الجديد هو الواجب التطبيق، وإذا وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالقانون القديم هو الذى يطبق.

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «إذا كان من تسلم شيئاً غير مستحق له لا تتوافر فيه أهلية التعاقد، فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به حتى لو كان سيئ النية، وهذا مع عدم الإخلال بحكم المادة ٢٥٥». وفى لجنة المراجعة اقترح حذف العبارة الأخيرة لعدم ضرورتها، فأقرت اللجنة ذلك وأصبح النص النهائى الذى قدمته اللجنة تحت رقم ١٩١ على الوجه الآتى: «إذا لم تتوافر أهلية المتعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به». ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩١. ووافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على المادة دن تعديل وأصبح رقمها ١٨٦. ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٦١– ص٤٦٢).

(٢) استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص١٨٠.

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المدنى على أن ناقص الأهلية لا يلزم – إذا أبطل العقد لنقص الأهلية – أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، بما يعنى أن الرد فى هذه الحالة لا يكون واجب إلا وفقا لقواعد الاثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها أنه إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذى أثرى به، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المشترى ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته.
(جلسة ١٩٧٩/٣/١٥ الطعن ٤٥٠ لسنة ٤٦ق س٣٠ ص٤٨٠).

(2) عبء الاثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى اثرائه يقع على الدافع الذى يطلب رد ما دفع، فان عجز عن الاثبات كان ذلك موجبا فى ذاته لرفض طلبه.
(جلسة ١٩٧٩/٣/١٥ الطعن ٤٥٠ لسنة ٤٦ق س٣٠ ص٨٠٩).

فى قاعدة الإثراء[1]. أما إذا كان الهلاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطئه، فإنه يلتزم بتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم بالخطأ.

وينبنى على ذلك أيضاً أنه إذا تبرع المدفوع له وهو ناقص الأهلية بالعين التى تسلمها دون حق، لم يرجع الدافع عليه بشئ لأنه لم ينتفع بالعين، حتى لو كان سئ النية وقت أن تبرع[2].

المطلب الثالث
سقوط دعوى استرداد غير المستحق

٨٤٩- وجهان خاصان للسقوط: دعوى استرداد غير المستحق تخضع للقواعد العامة

---

(١) أما كامل الأهلية فإنه يلتزم برد قيمة الشئ كما رأينا. (قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٥٤).

(٢) وقد رأينا فيما تقدم أن كامل الأهلية يلتزم برد قيمة الشئ. هذا والدافع هو الذى يقع عليه عبء الإثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى إثرائه، وذلك وفقاً للمبادئ التى قررناها فى دعوى الإثراء بلا سبب (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٢٥٥) وانظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص٦٨ – وفى ٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣٤ ص١٠٥٢ – ويجوز الإثبات بجميع الطرق لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية. ولكن لا يجوز الاستدلال على حصول المنفعة لناقص الأهلية بالمستندات الممضاة منه لأنها هى أيضاً باطلة.

وهذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن النص الذى نحن بصدده: «لا يشترط للالتزام برد ما سلم بغير حق أن يكون المدين أهلا للتعاقد. ذلك أنه لا يلتزم التزاماً إرادياً، بل ينشأ التزامه برد ما أدى إليه عن واقعة تسلم ما لم يكن مستحقاً له. ولكن إذا كان من تسلم الشئ غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث المدى بمنزلة سواء. فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بما يربو على قيمة ما أثرى به، وبوجه خاص فى حالة ضياع الشئ (م٢٥٦) وحالة التصرف فيه بسوء نية (م٢٥٨). أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على النقيض من ذلك إلا بقيمة ما أثرى به ولو كان سئ النية، ولا يلزم بشئ ما إذا فقد ما تسلمه بحادث مفاجئ. وهو لا يؤدى كذلك إلا ما قبض من عوض إذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشئ عيناً أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الأهلية. وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة حالة تسلم ناقص الأهلية لشئ معين بالذات، فهو يلزم برده عيناً ما دام قائماً ولو أنه لم يثر منه باعتبار أنه لم يدخل فى ذمته. وهذا هو ما قصد من التحفظ الخاص بالمادة ٢٥١» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٦١ – ص٤٦٢).

ويعتبر ناقص الأهلية قد أفاد مما أخذه إذا كان قد وفى به ديناً عليه، أو اشترى به شيئاً نافعاً ولو قلت قيمة هذا الشئ بعد ذلك أو انعدمت بسبب طبيعى، أو رمم به عقاراً حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقوة قاهرة، أو بقى المال الذى أخذه فى يده إلى وقت الرد (استئناف وطنى فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص٧٢). ويعتبر مفيداً ما صرفه القاصر فى ضرورياته أو فى كمالياته المعقولة التى يحصل عليها أمثاله (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م١ ص١٥٠ – وفى أول يونية سنة ١٨٩٩ م١١ ص٢٦٦). ويعتبر غير مفيد ما بدده ناقص الأهلية فى ملاهية أو فى المقامرة أو فى شراء أشياء غير مفيدة وغير متناسبة مع حالته الاجتماعية ومقدار ثروته أو فى أشياء ضارة كالمواد المخدرة، أو أضاع المال عن خرق أو عدم حيطة (أنظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦١٣).

فى انقضائها وفى سقوطها. غير أن لها وجهين للسقوط خاصين بها: أولهما إذا كان المدفوع له حسن النية وتجرد من سند الدين أو من تأميناته أو ترك دعواه تسقط بالتقادم (م١٨٤). والوجه الثانى سقوط الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد (م١٨٧).

١- تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه دعواه تسقط بالتقادم

٨٥٠- النصوص القانونية: نصت المادة ١٨٤ على أنه «لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن، وهو حسن النية، قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم. ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء[1]».

وهذا النص أشمل وأوفى من النص الذى كان فى القانون القديم مقابلا له. فقد كانت المادتان ١٤٨/٢٠٩ من القانون القديم تنصان على أنه «لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص، وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع، وانعدام سند الدين. وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقى». ووجه الشمول فى النص الجديد أنه لم يقتصر على حالة انعدام سند الدين، بل شمل التجرد من سند الدين بصفة عامة، وألحق بهذه الحالة ما يعادلها: التجرد من تأمينات الدين وترك الدعوى تسقط بالتقادم[2].

٨٥١- التجرد من سند الحق أو من التأمينات: والمفروض أن غير المدين دفع الدين

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٥٣ من المشروع التمهيدى كما هو. وأقرته لجنة المراجعة على أصله رقم ١٨٩. ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل. ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عليه دون تعديل وأصبح رقمه ١٨٤. ووافق مجلس الشيوخ عليه دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٥٥– ص٤٥٦).

(٢) وكان القضاء المصرى يفسر عبارة «وانعدام سند الدين» التى وردت فى القانون القديم تفسيراً ضيقاً. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه «إذا دفع المشترى الثمن لدائن مرتهن، ثم استحق المبيع أو أبطل البيع فخرجت العين من يده، كان دفعه الثمن للدائن المرتهن قائماً على غير سبب، وله أن يسترد الثمن الذى دفعه. ولا يمنعه من ذلك أن يكون الدائن قد عمد إلى شطب الرهن بعد أن استوفى حقه، فإن نص القانون إنما يمنع الاسترداد فى حالة انعدام السند، أى فى حالة زواله بحيث يصبح مستحيلا على الدائن أن يثبت حقه. وما لم يشتمل شطب الرهن على النزول صراحة عن الرهن ذاته فإنه لا يفقد الدائن حقه فى الرهن. ولا يزال السند المنشئ للحق باقياً على كل حال يستطيع به الدائن أن يرجع على مدينه (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م١٢ ص٢٧). ومع ذلك فقد توسعت محكمة الاستئناف المختلطة أخيراً فى التفسير فقاست على «انعدام السند» تقادم الدين، إذ قضت بأنه «فى تطبيق المادة ٢٠٩ من القانون المدنى المختلط المتعلقة باسترداد غير المستحق يقاس على حالة انعدام السند حالة تقادم الدين» (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٧٢).

للدائـن، وكان هـذا حسن النيـة وقت استيفـاء حقه، فأعدم سند الدين، أو سلمه للدافع ولم يستطع إرجاعه، أو أغفل المحافظة عليه بأى وجه من الوجـوه، أو تجـرد مـن تأمينات الدين بأن أغفل قيد الرهن، أو لم يجدد القيد، أو نزل عن الرهن، أو أبرأ ذمة الكفيل، أو نحو ذلك. ففي كل هذه الفروض يسقط حق الدافع فى الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق، لأن هذا الحق قد تعارض مع حق آخر لشخص حسن النية هو المدفوع له، وقد تجرد من سند الدين أو من التأمينات اعتماداً على استيفائه لحقه. فالمدفوع له لم يقصر، والمقصر هو الدافع إذ دفع الدين غلطاً وغلطه هذا ينطوى على ضرب من التقصير. هذا التعارض بين الحقين هو الذى جعل الغلبة لحق المدفوع له حسن النية، ورجح كفة غير المقصـر على كفة المقصر.

٨٥٢- ترك الدعوى تسقط بالتقادم: ويلتحق بذلك أن يكون الدائن قد ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم بعد أن اطمأن إلى استيفائه لحقه. فهنا أيضاً يتعارض الحقان، ويرجح حق الدائن حسن النية، فلا يجوز للدافع الرجوع عليه، لأنه إذا رجع واسترد ما دفع، لم يستطع الدائن الرجوع على المدين الحقيقي لتقادم دعواه، شأنه فى ذلك شأن الدائن الذى تجرد من سند الدين أو من تأميناته[١].

٨٥٣- رجوع الدافع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء: وإذا كان يدافع لا يحق له الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق، فإن الطريق البقي أمامه مفتوحاً للرجوع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بلا سبب، فقد دفع له دينه، فأثرى هذا بقدر ما افتقر ذاك. وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى: «على أن الغير لا يظل محروماً من حق الرجوع بما أداه. فالمدين الحقيقي وقد قضى دينه بفضل هذا الوفاء يلتزم قبله بالتعويض وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب. وقد يخشى فى حالة سقوط الدين بالتقادم من تواطؤ الدائن مع الغير على تصوير مخالصة يقدم تاريخها للإيهام بحصول الوفاء قبل انقضاء مدة السقوط، وبذلك يكون التحايل قد هيأ للغير حق الرجوع على المدين. ويلوح أنه ينبغى أن يكون للمخالصة تاريخ ثابت فى مثل هذه الحالة درءاً لمثل هذا التحايل»[٢].

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «إذا قام غير المدين بوفاء الدين معتقداً أنه ملزم بأدائه، فمن حقه أن يسترد ما أدى وفقاً للقواعد الخاصة بدفع ما لا يستحق، سواء أكان الدائن حسن النية أم سيئها. ومع ذلك فقد رؤى اختصاص الدائن حسن النية بقسط من الرعاية، فأسقط عنه الالتزام بالرد إذا ترتب على استيفائه ما أدى للغير إلحاق ضرر بحقه، إما من ناحية الواقع بسبب تجرده من سند الدين أو من التأمينات المخصصة للوفاء به، وإما من ناحية القانون بسبب سكوته عن مطالبة المدين الحقيقي وتقادم دعواه قبله تفريعاً على ذلك. فالحق أن المفارقة بين الغير الذى أدى ديناً لم يكن ملزماً بأدائه وبين الدائن حسن النية وقد تجرد من سند دينه معتقداً صحة الوفاء تنتهى دون شك إلى توجيه ما ينبغي لمصالح الأخير من أسباب الحماية والتغليب. وقد أخذ التقنين الحالى (القديم) بهذا الحكم ولو أنه أفرغه فى عبارة يعوزها الوضوح، إذ اقتصر فى المادة ١٤٨/٢٠٩ على النص على حماية الدائن حسن النية إذا «انعدم سند الدين» دون أن يتناول بصريح النص حالات هامة كالتقادم وضياع التأمينات» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٥٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٥٥).

والفرض الأخير الوارد فى المذكرة الإيضاحية يمكن تصويره على النحو الآتى: سقط الدين بالتقادم، فعمد الدائن إلى التواطؤ مع أجنبى أعطاه مخالصة بالدين، وجعل تاريخ المخالصة سابقاً على سقوط الدين بالتقادم فصوره بذلك شخصاً دفع الدين عن المدين قبل تقادمه، فيستطيع الرجوع إذن على المدين بما دفع، إذا لم تتقادم دعواه المبنية على الإثراء بلا سبب بالرغم من تقادم دعوى المدين. وبفضل هذا التواطؤ يستطيع الدائن أن يحصل بطريق غير مباشر على حق سقط بالتقادم. لذلك وجب أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لجواز الاحتجاج بها على المدين، فيمتنع التواطؤ ولا يستطيع الدائن أن يقدم تاريخ المخالصة ليقع فى وقت لم يكن الدين قد تقادم فيه.

٢- سقوط الدعوى بثلاث سنوات

٨٥٤- النص القانوني: تنص المادة ١٨٧ على أنه «تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد. وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق[١]».

ويلاحـظ أن دعوى غير المستحق - وهى فرع عن دعوى الإثراء بلا سبب وتترتب مثلها على التزام لا ينشأ بإرادة صاحبه - تتقادم بعين المدة التى تتقادم بها دعوى الإثراء بلا سبب.

٨٥٥- السقوط بأقصر المدتين: ويتبين من النص أن دعوى غير المستحق تسقط بأقصر المدتين الآتيتين:

(١) ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذى يعلم فيه الدافع بحقه فى الاسترداد. فلا يبدأ سريان التقادم هنا من يوم قيام الالتزام فى ذمة المدفوع له، بل من اليوم الذى علم فيه الدافع بأنه دفع ديناً غير مستحق عليه. ولما كان الدافع لا يعلم عادة بذلك إلا بعد انقضاء مدة من قيامه بالدفع، فإن سريان هذا التقادم القصير يبدأ فى الغالب متأخراً عن سريان التقادم الطويل الذى سيأتى بيانه. وقد يتفق مبدأ السريان فى كل من المدتين إذا كان الدافع لم يدفع عن غلط، بل دفع مكرهاً أو كان ناقص الأهلية، فإنه يكون عندئذ عالماً بحقه فى الاسترداد وقت قيام هذا الحق.

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٦٠ من المشروع التمهيدى مع اختلاف لفظى طفيف. وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٩٢ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٢. ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على النص مع حذف كلمة «بالتقادم» وأصبح رقمه ١٨٧. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٦٣- ص٤٦٤). ويلاحظ أن كلمة «بالتقادم» قد حذفت لأنها لا ضرورة لها، وسقوط دعوى غير المستحق بثلاث سنوات كسقوطها بخمس عشرة سنة إنما يأتى عن طريق التقادم.

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام. ويقوم الالتزام من يوم دفع غير المستحق كما سبق أن بينا. وقد يبدو أن هذه المدة أطول بكثير من المدة الأولى، وأن الدعوى تتقادم بالمدة الأولى قبل تقادمها بالمدة الثانية. وهذا صحيح في الكثرة الغالبة من الأحوال. ولكن قد يقع – كما رأينا في دعوى الإثراء – أن الدافع لا يعلم بغلطه إلا بعد مدة طويلة، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة، فإن الدعوى تتقادم في هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم الدافع بحقه في الاسترداد. وهذا ما قدره القانون الجديد فتحوط له كما تحوط في دعوى الإثراء(١)(1).

---

(١) وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت العلم حتى لو كان المدفوع له سيء النية بل وحتى لو استعمل طرق الغش للاستيلاء على ما أخذ. على أن محكمة النقض قضت في ظل القانون القديم أن الدعوى تسقط بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (المدة القصيرة في الدعاوى التجارية) متى كان المدفوع له قد استعمل أساليب الغش حتى استخلص لنفسه ما أخذه من الدافع. وهذا هو المبدأ الذى قررته محكمة النقض: «إذا كانت المحكمة قد ارتكنت في قضائها للمدعي على المدعي عليه برد ما استلبه بطريق الغش على ما حصلته من فهم الواقع في الدعوى والتحقيقات المتعلقة بها من أنه قد استعمل أساليب الغش حتى استخلص لنفسه من المدعي بلا وجه حق ولا مسوغ المبلغ الذى ألزمته برده، فإن ذلك كاف وحده لصحة قضائها دون حاجة لبحث وتكييف العلاقة القانونية التي توسل بها الخصم إلى التدليس الذى ارتكبه. وإذن فلا يقبل الدفع بسقوط هذه الدعوى لمضى خمس سنين على اعتبار أن المعاملة بين المدعي والمدعى عليه إنما كانت تجارية، لأن الغش الذى أثبتت المحكمة وقوعه يهدم كل اعتبار لهذه المعاملة» (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر٢ رقم ١٧٤ ص٥٣٢).

(1) أ– مقتضى المادة ١٨٧ من القانون المدنى أن الحق في الاسترداد يسقط بالتقادم بانقضاء أقصر المدتين أما بانقضاء ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذى يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام أى من يوم الوفاء به.
(جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص١٦١٨)

ب– متى كان الحق الذى نشأ عن قيام وزارة العدل بصرف المبلغ المطالب باسترداده – قيمة بدل طبيعة العمل ومنحه الانتاج المنصرفة للطالب اثناء ندبه للعمل قاضيا بغزة – يسقط بمضى ثلاث سنوات من تاريخ علمها بحقها في استرداده طبقا للمادة ١٨٧ من القانون المدنى، وكانت الوزارة قد أقرت في مذكرتها بتحقق هذا العلم... وإذا انقضت مدة تزيد على ثلاث سنوات من التاريخ المذكور ولم تتخذ الحكومة من جانبها اجراء قاطعا للتقادم فان حقها في المطالبة بالمبلغ المذكور يكون قد سقط مما يتعين معه الحكم بعدم أحقيتها في استرداده.
(جلسة ١٩٧٤/٦/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص٧٤)

جـ– الحق الذى نشأ عن قيام وزارة العدل بصرف مبالغ بدون وجه حق بعد احالة قاضى إلى المعاش لخطأ وقعت فيه نتيجة عدم تقديمه شهادة ميلاده، يسقط بمضى ثلاث سنوات من وقت علمها بحقها في استرداد هذه المبالغ طبقاً للمادة ١٨٧ من القانون المدنى.
(١٩٦٨/٦/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٦٨٦)
(١٩٧٣/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص١٠٨٤).

د– لا يسرى نص الماد ١٨٧ من القانون المدنى على المبلغ المطالب برده ويمثل عقوبة غرامة قضى بها على مورث المطعون عليهم، وأنه بعد أن قام بدفعه صدر قرار رئيس الجمهورية بوقف تنفيذ هذه العقوبة يكون المورث حين دفع هذا المبلغ تنفيذا للحكم الصادر في القضية قد وفى بدين كان =

الفرع الثانى

الفضالة(*)

(Gestion d'affaires)

٨٥٦– نتكلم في الفضالة على أركانها ثم على أحكامها.

المبحث الأول

أركان الفضالة

٨٥٧– النصوص القانونية: نصت المادة ١٨٨ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك»(١).

ونصت المادة ١٨٩ على ما يأتى:

«تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى، في أثناء توليه شأناً لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر»(٢).

=مستحقا عند الوفاء به. ولذلك يصبح دينا عاديا يسقط الحق في اقتضائه بمدة التقادم المنصوص عليها في المادة ٣٧٤ من القانون المدنى.
(جلسة ١٩٧٧/٤/٥ الطعن ٢٧٤ لسنة ٤٣ق)

(*) **المراجع**: دى هلتس الجزء الثانى (Gestion d'affaires) – والتون الجزء الثانى – الدكتور عبد السلام ذهنى في الالتزامات – الدكتور محمود هيبة في الالتزامات – الدكتور محمد صالح في أصول التعهدات – الموجز في الالتزامات للمؤلف – الدكتور حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام – بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع – ديموج الجزء الثالث – بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثانى – كولان وكابيتان الجزء الثانى – جوسران الجزء الثانى – جوبليه (Goublet) رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ – فيزيوز (Vizioz) رسالة من بوردو سنة ١٩١٢ – جيلو (Guillot) رسالة من رن سنة ١٩٢٨ – ماروبت (Maruitte) رسالة من كان (Caen) سنة ١٩٣٠ – بيكار (Picard) في المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢١ ص٤١٩ وما بعدها، وسنة ١٩٢٢ ص٥ وما بعدها.

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٢٦١ من المشروع التمهيدى. وأقرته لجنة المراجعة بعد أن أبدلت كلمة «ملتزما» بكلمة «ملزما». وأصبح رقمه ١٩٣ في المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ١٩٣. وفي لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ رأى سعادة رئيس اللجنة حذف المادة لأنها أوردت تعريف الفضالة وأنه ليس من الحكمة إيراد التعاريف في القانون، بل الحكمة تقضى بإيراد الأحكام فقط، ولكن أغلبية اللجنة وافقت على إبقاء المادة وأصبح رقمها ١٨٨. ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٦٥– ص٤٦٦).

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٢٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «تقوم الفضالة حتى لو كان الفضولي مدفوعا في الوقت الذى يتولى فيه شأنا لنفسه إلى القيام بشأن لغيره بسبب وجود ارتباط بين الشأنين لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر». وفي لجنة =

ونصت المادة ١٩٠ على ما يأتي:

«تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي»[١].

ويقابل هذه النصوص التي اشتمل عليها القانون المدني الجديد نص واحد في القانون المدني القديم هو نص المادة ١٤٤/٢٠٥، وقد جرت بما يأتي:

«من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التي صرفها والخسارات التي خسرها، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة».

ونص القانون القديم مبهم مضطرب المعنى، فهو ليس صريحاً في الانصراف إلى الفضالة في خصوصها، ولا هو يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب في عمومها[٢]. وقد أزالت نصوص القانون الجديد هذا الابهام والاضطراب[٣].

=المراجعة اقترح إدخال تعديلات لفظية، فأقرت اللجنة النص تحت رقم ١٩٤ على الوجه الآتي: «تثبت الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأناً لنفسه قد اندفع إلى القيام بشأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر». ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٤. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة على المادة مع استبدال كلمة «تولى» بعبارة «قد اندفع إلى القيام». وأصبح رقم المادة ١٨٩. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة القانون المدني. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٦٧– ص٤٦٩).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ٢٦٤ من المشروع التمهيدي كما هو. وأقرته لجنة المراجعة تحت قم ١٩٦ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٦. ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩٠. ووافق عليه بعد ذلك مجلس الشيوخ دون تعديل. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧٠– ص٤٧٢).

(٢) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام في قاعدة الإثراء بلا سبب. أنظر دى هلتس ٢ ص٢٩٥ فقرة ٤ – والتون ٢ ص١٤٠ – ص١٤١ – الموجز للمؤلف ص٤٠٣ – ص٤٠٤ – الدكتور حشمت أبو ستيت بك ص٤١٠ فقرة ٥٦٦ – الدكتور عبد السلام ذهني بك في الالتزامات فقرة ٦٩٠ – الأستاذ بسطوروس في تعليقاته على القانون المدني ٢ ص٤٢٣ في الهامش.

(٣) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «لا يتضمن التقنين المصرى الحالي (القديم) بشأن الفضالة سوى نص واحد، اختلطت فيه شروط الفضالة بآثار الإثراء بلا سبب. وقد استبدل المشروع بهذا النص سلسلة متصلة الحلقات من المواد عرض فيها لتحديد نطاق الفضالة وآثارها تحديداً واضحاً. والحق أنه من الأهمية بمكان إيضاح ما يفرق من الحدود بين مبدأ الإثراء بلا سبب في عمومه وبين الفضالة باعتبارها تطبيقاً خاصاً لهذا المبدأ. فيجب أن تتوافر شروط أربعة حتى يكون لواقعة من وقائع الإثراء مشخصات الفضالة، وتعدل آثارها تفريعاً على ذلك. فإذا تخلف شرط من هذه الشروط لم يكن ثمة محل لإعمال الأحكام المتعلقة بهذا التطبيق الخاص، وتعين الرجوع إلى المبدأ العام». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧٠). وجاء في موضع آخر في هذا الشأن ما يأتي: «أما فيما يتعلق بالفضالة فقد نص على توافر صفة الاستعجال فيما يتصدى الفضولي للقيام به. فهذه الصفة هي علة ما يترتب على الفضالة من نيابة قانونية ومناط تفسير ما يتفرع عليها من حقوق والتزامات. وقد عنى المشروع بإيضاح الحدود التي تفرق بين نطاق تطبيق =

٨٥٨– أركان ثلاثة للفضالة: ويتبين من هذه النصوص الجديدة التي قدمناها أن الفضالة تتحقق بقيام أركان ثلاثة[١]:

(١) أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر، وهذا هو الركن المادى.

(٢) أن يقصد، في قيامه بهذا الشأن العاجل، مصلحة رب العمل. وهذا هو الركن المعنوى.

(٣) ألا يكون، إزاء هذا الشأن العاجل، ملتزماً به ولا موكلا فيه ولا منهياً عنه. وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن القانوني[٢].

ونستعرض هذه الأركان الثلاثة.

المطلب الأول

قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل

٨٥٩– عناصر هذا الركن: أول ركن للفضالة هو أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لرب العمل. وهذا الشأن قد يكون تصرفاً قانونياً أو يكون عملا مادياً. وهو في الحالتين يجب أن يكون عاجلا.

١ – تصرف قانوني أو عمل مادى

أ– التصرف القانوني:

٨٦٠– كيف يقوم الفضولي بتصرف قانوني: يصح أن يكون الفضولي وكيلا في

= الفضالة ونطاق تطبيق الرثراء بلا سبب، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بأحوال الفضالة التي يتولى فيها الشخص شؤون غيره معتقداً أنه يتولى شأن نفسه، أو التي يتصدى فيها الشخص لشؤون غيره مخالفاً في ذلك إرادة هذا الغير». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٤٠).

(١) وقد لخصت محكمة استئناف مصر الأهلية أركان الفضالة وأحكامها في حكمها الصادر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (المحاماة٧ رقم ٣٣٩ ص٤٧٨).

(1) أ– اشترط المشرع في المادة ٧٠٢ من القانون المدني وجود وكالة خاصة للمرافعة أمام القضاء ولم يكتف بالوكالة العامة، ومن ثم فلا يكفي القول بقيام فضالة في التقاضي إذا لم تتوافر هذه الوكالة الخاصة، وإذ كانت لجنة الطعن تختص بالفصل في خصومه بين الممول ومصلحة الضرائب فانه لا يكفي لاعتبار الخصومة قائمة أمامها تمثيل الممول فيها بطريق الفضالة.
(جلسة ١٩٦٣/٦/٩ الطعن ٣٦ لسنة ٣٨ق س١٤ ص٨٢٩)

ب– إذا كان صحيحا أن قبض الدائن قيمة الشيك الذى استلمه آخر من المدين يعد إقرارا منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير في هذه الحالة وكيلا بعد أن بدأ فضوليا – على ما تقضى به المادة ٣٣٣ من القانون المدني ومذكرته التفسيرية – إلا أن هذه الوكالة قاصرة على الوفاء الذى أقره الدائن فلا تتعداه إلا ما يكون هذا الغير قد أقر به في ورقة أخرى غير الشيك. كما لا يمكن اعتبار الأقرار بالتخالص من الغير عملا من أعمال الفضولي إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره في عمل الفضولي الذى يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضروريا بالنسبة لرب العمل.
(جلسة ١٩٦٢/٤/٥ الطعن ٣٤٠ سنة ٢٦ق س١٣ ص٤١٤)

الأصل عن رب العمل، ولكنه يجاوز حدود الوكالة عالماً بذلك أو غير عالم، فهو فيما جاوز فيه هذه الحدود فضولي[١]. أو يستمر في العمل باسم الأصيل بعد انتهاء الوكالة، سواء علم بانتهاء الوكالة أو لم يعلم، فهو فضولي فيما قام به بعد انتهاء وكالته[٢].

ولكن قد يعمل الفضولي دون وكالة أصلا. فيقوم بتصرف قانوني باسم رب العمل. مثل ذلك أن يقبل هبة صدرت من الواهب إلى رب العمل، أو أن يؤجر عيناً شائعة بينه وبين رب العمل[٣]، أو أن يبيع محصولات زراعية لرب العمل مما يسرع إليه التلف، أو أن يوفى بضريبة واجبة على رب العمل توقياً للحجز الإدارى[٤]، أو أن يقبل اشتراطاً لمصلحة رب العمل حتى يصبح الاشتراط باتاً لا يتحول عنه[٥]. ونرى من ذلك أن التصرفات القانونية التي يقوم بها الفضولي قد تكون من أعمال الإدارة وقد تكون من أعمال التصرف[1].

---

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية الوطنية بأنه إذا باشر الوكيل بالعمولة صفقة ما بشروط أفيد لموكله عادت الفائدة على الموكل. فإن تسلم ثمناً للمبيع يزيد على الثمن الحقيقي وحبسه لنفسه اعتبر خائناً للأمانة وحق عليه العقاب (٩ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٤٠ ص٧٨٧).

(٢) قارن ما قضت به محكمة النقض من أن الوكيل الذى يظل يتابع عمله بعد موت موكله لصالح الورثة مع علمهم بذلك يكون وكيلا عنهم لا مجرد فضولي (نقض ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر٣ رقم ١٦٣ ص٤٥٨).

(٣) أنظر في فروض يكون فيها المالك فى الشيوع فضولياً: استئناف وطني في ٢ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص١٤٢ – استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م٦ ص٩١– وفي ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٨٤ – وفي ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م٢٢ ص١٠١– محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ١٢٨ ص٣١٧.
وفي إحدى القضايا آجر زيد أحد الشركاء في ملك مشاع قطعة أرض إلى بكر عن نفسه وبالنيابة عن شركائه، واشترط في عقد الإجارة دفع الأجرة إليه وإلى من يحوله بها، وحول الأجرة إلى عمرو. ومع ذلك دفع بكر إلى خالد أحد الشركاء في الشيوع جزءا من الأجرة يعادل نصيبه في الملك المشاع. فرفع عمرو دعوى على بكر يطالبه بالأجرة، وكان خالد خصما فيها، وأقر خالد الإجارة ولم يقر التحويل. فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بصحة الدفع الحاصل من بكر إلى خالد (١٤ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية١٢ رقم ١/٦٨).

(٤) استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ ص٩٩.

(٥) مثل ذلك أيضاً أن يقبض الفضولي حقاً لرب العمل نيابة عنه. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التعويض الذى يستحقه المستأجر من الباطن بسبب تعرض السلطة العسكرية له في انتفاعه بالعين المؤجرة واستيلائها على هذه العين إنما هو دين يترتب في ذمة السلطة العسكرية لا في ذمة المالك. ومع ذلك إذا سوت السلطة العسكرية الحساب مع المالك، ودخل في هذا الحساب التعويض الواجب للمستأجر من الباطن، لم يكن لهذا الأخير إلا الرجوع على المالك باعتباره فضولياً ناب عنه في قبض حقه من السلطة العسكرية (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٥٢). أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة إسكندرية الجزئية المختلطة في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ١٢ رقم ٨٨ ص١٥٨.

(1) الفضالة – على ما تقضي به المادة ١٨٨ من القانون المدني – تقضي بأن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك، وإذ كانت الشركة حين عهدت =

٨٦١– ما يترتب على صدور التصرف القانوني باسم رب العمل: وقد قدمنا أن الفضولي يقوم بالتصرف القانوني باسم رب العمل، كأنه وكيل عنه دون أن تكون هناك وكالة. ويترتب على ذلك:

(١) إذا توافرت جميع أركان الفضالة الأخرى. وقع التصرف نافذاً مباشرة في حق رب العمل كما لو كان الفضولي وكيلا عنه[1]. وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي.

(٢) ليس من الضرورى أن يكون الفضولي ذا أهلية كاملة لمباشرة التصرف القانوني الذى تولاه باسم رب العمل، شأنه في ذلك شأن الوكيل. ويكفي أن يكون من أهل التمييز.

(٣) وعلى عكس ما تقدم يجب أن يكون رب العمل أهلا للتصرف القانوني الذى تولاه الفضولي عنه، لأنه يقع نافذاً مباشرة في حقه كما قدمنا[١].

(٤) يخضع، من ناحية الإثبات، التصرف القانوني الذى تولاه الفضولي باسم رب العمل للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية. فإذا كان التصرف عقداً، لم يجز إثباته فيما يجاوز خمسمائة جنيه إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها وإلا بالإقرار أو اليمين.

ب– العمل المادى:

٨٦٢– جواز أن يكون عمل الفضولي عملا ماديا: هناك من يرى أن العمل الذى يقوم به الفضولي يجب أن يكون دائماً تصرفاً قانونياً قياساً على الوكالة[٢]. ولكن هذا الرأى مرجوح، ويصح أن يقوم الفضولي بعمل مادى كما يقوم بتصرف قانوني، وفي هذا تختلف الفضالة عن الوكالة.

والعمل المادى الذى يقوم به الفضولي قد يكون عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل، وقد يكون عملا مادياً في ذاته.

٨٦٣– العمل المادى بالنسبة إلى رب العمل: فالفضولي عندما يتعاقد باسمه الشخصي، أو باسم رب العمل، بشأن عاجل من شؤون رب العمل، يكون قد قام بتصرف

=للطاعن بإقامة المباني على الأرض انما كانت تعمل لحساب نفسها لا لحساب المطعون ضدها الأولى (الشريكة الموصية فيها) فان احكام الفضالة تكون غير منطقية، كما ينتفي قيام الوكالة المدعى بها لأن الوكالة لا تكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكل.
(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ الطعن ٢٨٣ لسنة ٣٥ق س ٢٠ ص١٠٠٢).

(١) أنظر مع ذلك بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٣، وحكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه في هذا المرجع (٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢–١–٣٣٧).

(٢) أنظر في بحث هذا الرأى ونقده والتون ٢ ص١٥١ – ص١٥٢.

(1) الاقرار بعقد الفضالة يرتب عليه جميع آثار الوكالة على ما تقضي بذلك المادة ١٩٠ من القانون المدنى الجديد التي قننت ما استقر عليه الفقه والقضاء في عهد القانون المدنى الملغى.
(جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨ الطعن ٦٤ لسنة ٢٣ق س٨ ص١٧٦).

قانونى فيما بينه وبين الغير الذى تعاقد معه. ولكن هذا التصرف القانونى يعتبر عملا مادياً بالنسبة إلى رب العمل. مثل ذلك أن يتعاقد الفضولى مع مقاول لإصلاح منزل رب العمل من خلل يتهدده بالسقوط، أو أن يتعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض دهمه واقتضاه إسعافاً سريعاً، أو أن يتعاقد مع معلم يعطى دروساً خاصة لرب العمل، أو أن يقوم بدفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته، أو أن يفى بدين على رب العمل ليجنبه الحجز على ماله[1].

ولما كان هذا التصرف القانونى الذى قام به الفضولى يعتبر عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل، فإنه يجوز لرب العمل فى رجوعه على الفضولى أن يثبت هذا التصرف بالبينة وبالقرائن ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه. كذلك يجب أن يكون الفضولى ذا أهلية كاملة للتصرف الذى تولاه ولا يكفى فيه أن يكون من أهل التمييز، وهذا إذا لم يتعاقد نائباً عن رب العمل، بل تعاقد باسمه الشخصى، فانصرف أثر العقد إليه، وسنرى فيما يلى تفصيل ذلك.

٨٦٤- العمل المادى فى ذاته: وقد يقوم الفضولى بعمل مادى فى ذاته، كأن يقطع التقادم فى حق مهدد بالسقوط لرب العمل، أو أن يقيد رهناً لمصلحة رب العمل، أو أن يجدد قيد الرهن، أو أن يطفئ حريقاً اشتعلت فى منزل لرب العمل، أو أن يجنى محصولا لرب العمل يخشى عليه إذا لم يجن من التلف، أو أن ينقى زراعة رب العمل من دودة القطن، أو أن يكبح جماح حصان أوشك أن يلقى براكبه إلى الأرض، وما إلى ذلك من الأعمال المادية التى تكون من الشؤون العاجلة لرب العمل[2].

وغنى عن البيان أن هذه الأعمال المادية تثبت بجميع الطرق، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن[3].

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شريك فى الشيوع باسمه الخاص، وعلى مرأى ومسمع من شريكه الآخر، محصول القطن الناتج من الأرض المملوكة فى الشيوع، كان فى تصرفه بالنسبة إلى شريكه فضولياً ينوب عنه فى البيع وفى قبض الثمن (١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٩١).

(٢) وقد اعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة قيام مجلس الصحة البحرية والكورنتينات بترحيل فريق من الحجاج جنحت بهم سفينتهم فأنزلتهم فى المحجر عملا من أعمال الفضالة قام به المجلس لمصلحة أصحاب السفينة الجانحة (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢١٧). وكذلك اعتبرت عملا من أعمال الفضالة إدارة الشؤون المتعلقة بدير سيناء، وهى شؤون كان الأرشيموندريت يتولاها فى مدينة كييف بمقتضى توكيل عام، ثم اعتزل الوكالة، ولكنه بقى بعد ذلك يدير هذه الشؤون دون وكالة إلى أن احتلت الجنوب السوفييتية مدينة كييف (٢٣ يونية سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٥٧٤). واعتبرت أيضاً عملا من أعمال الفضالة انحراف سفينة عن طريقها العادى لمعاونة سفينة أخرى والسير بها إلى الميناء التى تقصدها (١٨ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص١٨٤).

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية «أن عمل شخص لمصلحة شخص آخر بقصد جلب المنفعة إليه يعد شبه عقد يترتب عليه التزام من عادت عليه المنفعة ولو كان عديم الأهلية بدفع مقابل للشخص الذى ترتب على فعله جلب المنفعة، ويجوز إثبات شبه العقد هذا بجميع طرق الإثبات، بما

٢- شأن عاجل لرب العمل

٨٦٥- مجرد النفع لا يكفى: تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وهى تذكر أركان الفضالة إن من بين هذه الأركان «أن يكون ما يتصدى له الفضولى (شأناً عاجلاً)، فليس يكفى لتبرير الفضالة أن يكون التصدى نافعاً أو مفيداً، بل لابد أن يكون ضرورياً»[1] (1).

وإذن لا يكفى مجرد النفع أو الفائدة يجلبه الفضولى لرب العمل. فلا يجوز مثلا أن يتقدم الفضولى لشراء صفقة من أرض أو بناء لحساب رب العمل لمجرد أنها صفقة رابحة، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل لمجرد أن الأخذ بالشفعة يعود عليه بالنفع، أو أن يقيم بناء على أرض فضاء مملوكة لرب العمل لمجرد أن إقامة البناء تمكنه من استغلال الأرض استغلالا مفيداً، أو أن يقسم مالا شائعاً لرب العمل لمجرد أن يجنبه مضار الشيوع[2]. فى كل هذه الفروض نرى أن عمل الفضولى عمل نافع، بل قد يكون محقق الفائدة، ولكنه ليس من الشؤون العاجلة لرب العمل. فلا يجوز للفضولى أن يتدخل فيها. وإذا تدخل فلا يكون فضولياً، ولا يلزم رب العمل فى شئ، بل قد يكون تدخله خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية. ولكن إذا رأى رب العمل أن يجيز تدخل الفضولى، فإن الإجازة تجعل العمل ينفذ فى حق المجيز وفقاً للقواعد العامة.

٨٦٦- بل يجب أن يكون العمل «ضرورياً»: وإنما يتعين أن يكون العمل الذى يقوم به الفضولى هو من «الشئون العاجلة» لرب العمل. فلا يكفى أن يكون نافعاً فحسب، بل يجب أن يكون ضرورياً. ومعنى «الضرورى» هنا أن يكون العمل الذى قام به الفضولى من

=فيها البينة وقرائن الأحوال، فتحنيط الموتى لما فيه من حفظ الجثة من التلف العاجل ولما فيه من تسهيل نقلها من ديار الغربة إلى الوطن حيث تقيم العائلة، فيه ولاشك منفعة للعائلة التى ترغب بمقتضى العوائد أو العقائد أن تكون الجثة مدفونة فى ضريحها الخاص حيث تسهل زيارتها. وهذه المنفعة تولد شبه عقد يستحق مقابلا. والتحنيط عمل مستقل من أعمال الطبيب لا يدخل فيما هو مسئول عنه للمتوفى من المعالجة أثناء حياته، ولذلك فهو يستحق عليه أجراً مستقلاً، وللمحاكم أن تقدر قيمته فى حالة عدم الاتفاق عليه من قبل» (٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص١٠٩).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧١.

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الفضولى لا يجوز له أن ينزل عن حق لرب العمل، وبخاصة إذا كان هذا قد عاد من غيبته (٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م١٣ ص٢٧) - وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه لا يدخل فى أعمال الفضالة عقود الغرر ولا عمليات البورصة (١٧ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٤٠ ص٣٥٥) - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م٢٣ ص٣٣٣.

(1) لا يكفى لتبرير قيام الفضالة وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى تعليقا على المادة ١٨٨ منه أن يكون ما يتصدى له الفضولى نافعا أو مفيدا بل لابد أن يكون ضروريا أى شأنا عاجلا ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام به.
(جلسة ١٩٧٤/١/١٨ الطعن ٣٢١ لسنة ٣٨ق س٢٥ ص٢٣٨)
(جلسة ١٩٧٣/١١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص١١٨٩).

الشؤون التى ما كان رب العمل ليتوانى فى القيام بها. فقام به الفضولى ناظراً إلى مصلحة رب العمل. نرى ذلك متحققاً فيما قدمناه من الفروض: قبول الهبة عن رب العمل، إيجار عين شائعة لرب العمل ما كانت تستغل بغير هذا الإيجار، بيع محصولات يسرع إليها التلف، دفع ضريبة توقياً لحجز إدارى، قبول اشتراط لمصلحة رب العمل، التعاقد مع مقاول لإصلاح منزل مهدد بالسقوط، التعاقد مع طبيب لإسعاف رب العمل من مرض دهمه، التعاقد مع معلم لإعطاء درس ضرورى لرب العمل، دفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته، الوفاء بدين على رب العمل منعاً للحجز على ماله، قطع التقادم فى حق مهدد بالسقوط، قيد رهن أو تجديد القيد، إطفاء حريق، جنى محصول يخشى عليه من التلف، تنقية الزراعة من دودة القطن، الإمساك بزمام حصان جامح. كل هذه أعمال – قانونية أو مادية) هى من الشؤون العاجلة لرب العمل، وما كان هو ليتوانى فى القيام بها(1).

ويفهم مما قدمناه فى تحديد معنى «الشأن العاجل» أن قيام الفضولى بهذا الشأن، إذا هو بذل فيه العناية الواجبة، يؤدى إلى نفع محقق لرب العمل. ومن هذا اشترط بعض الفقهاء فى الفضالة أن يتم عمل الفضولى بنجاح(١).

ومتى قام الفضولى بالعمل الذى تولاه، وعاد ذلك بالنفع على رب العمل، فإنه يستوى بعد هذا أن يبقى هذا النفع أو يزول. فلو أن الفضولى أصلح منزلا لرب العمل، ثم احترق هذا المنزل، لبقى للفضولى حق الرجوع على رب العمل بما أنفقه من المصروفات. وهذا هو عين المبدأ الذى قررناه فى قاعدة الإثراء بلا سبب. وسنعود إلى تفصيل ذلك فيما يلى.

المطلب الثانى

نية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل

٨٦٧– هذا هو الركن المعنوى فى الفضالة كما قدمنا. ونقف هنا عند النية والقصد.

(١) أنظر فى هذه المسألة محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ يونية سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة٣ ص٢٧٩ – وفى ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣٣٨ – وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٦٩. وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٦.

ولكن ليس من الضرورى أن يصل نجاح الفضولى إلى حد تحقيق النتيجة المرجوة من تدخله، فقد نصت المادة ١٩٥ على أنه «يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة».

(1) لا يمكن اعتبار الاقرار بالتخالص من الغير عملا من اعمال الفضولى، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره فى عمل الفضولى الذى يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضروريا بالنسبة لرب العمل.

(جلسة ١٩٦٢/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٤١٤)

(جلسة ١٩٧٤/١/٢٨ الطعن ٣٢١ لسنة ٣٨ق س٢٥ ص٢٣٨)

فلا تقوم الفضالة إلا إذا انصرفت نية الفضولى، وهو يتولى شأناً لغيره، إلى أن يتولى هذا الشأن لمصلحة رب العمل(1).

والفضولى فى هذه النية إما أن يكون على بينة من أمره، وإما أن يكن على غير بينة.

١ – الفضولى على بينة من أمره

٨٦٨– القصد عند الفضولى هو الذى يميز الفضالة عن الاثراء بلا سبب: يغلب أن يكون الفضولى على بينة من أمره، وتنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل. وهذه النية هى التى تميز ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب(١). والفضولى إنما يعرف بهذه النية، فهو متفضل لأنه لا يعمل لمصلحة نفسه بل يعمل لمصلحة غيره. وقد رأينا ذلك محققاً فى أعمال الفضالة التى استعرضناها فيما تقدم. والفضالة من التفضل لا من التطفل.

أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة نفسه، فإنه لا يكون فضولياً حتى لو عاد تدخله على الغير بنفع. ولا يرجع فى هذه الحالة بدعوى الفضالة، وإنما يرجع بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها. مثل ذلك أن يقوم المستأجر بإصلاحات ضرورية فى العين المؤجرة حتى يستوفى منفعة العين لنفسه، فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضولياً لأنه يعمل لمصلحة نفسه، ويرجع على المالك بدعوى الإثراء كما قدمنا(٢).

(١) تميز أيضاً ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير. فقد رأينا فى الاشتراط لمصلحة الغير أن المشترط له مصلحة شخصية فى الاشتراط، أما الفضولى فليست له مصلحة شخصية فى الفضالة ولا يقصد إلا مصلحة رب العمل.

(1) الفضولى يجب أن تنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة غيره لا لمصلحة نفسه، فإذا انصرفت نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فلا تصدق عليه صفة الفضولى حتى ولو عاد تدخله على الغير بنفع، ومن ثم فإن المستأجر إذا قام باصلاحات ضرورية فى العين المؤجرة مستهدفا استيفاء منفعة العين لنفسه فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضوليا، حتى ولو كان هذا التدخل ليس مستحقا لمصلحته وانما قد يكون فيه نفع للمالك بالتبعية.

(جلسة ١٩٧٧/١١/١٦ الطعن ٤٣١ لسنة ٤٤ق س٢٨ ص١٧٠٣).

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن «محل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضولى هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضولى لحساب المالك لا لحسابه الخاص لغرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً. فمستأجر الأرض الذى يجرى تحسينات بها ويقيم مبانى ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصى، رغم الحظر الصريح عليه فى عقد الإيجار بعدم إجراء شئ من ذلك إلا بأمر المالك، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات فى العين المؤجرة» (٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم٨ ص١٧٥ – المحاماة ١٨ رقم ٧٢ ص١٥٠). وقضت محكمة المنشية بأن «أعمال الفضولى... شروطها أن يكون الفضولى قد انصرف جهده واتجه غرضه فى عمله إلى منفعة رب المال، وأن يكون قد عاد على هذا الأخير فائدة مباشرة لم تكن وليدة المصادفة، فلا يجوز لمن قام يعمل لفائدة نفسه أن يرجع على غيره لمجرد أنه استفاد من عمله بالتبعية» (٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٢٣٣ ص٥٣٥). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حامل السند الذى يقاضى الشركة عند سنده لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى سائر حاملى =

٨٦٩- جواز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في وقت معا: ليس من الضروري أن تتمحض نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل وحده، بل يجوز، كما تقول المادة ١٨٩ «أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، في أثناء توليه شأناً لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر»(1). فالشريك المشتاع يؤجر العين الشائعة، فيستغلها لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه في الشيوع، فهو فضولي بالنسبة إلى شريكه لأنه عمل لمصلحة هذا الشريك، ولا يمنع من ذلك أنه عمل في الوقت ذاته لمصلحة نفسه، بل لا يمتنع من ذلك أنه عمل لمصلحة نفسه أولا، وأنه ما كان يعمل لمصلحة شريكه لولا مصلحته هو. فالمهم أن يكون قد عمل لمصلحة شريكه على وعي منه، حتى لو كان مضطراً إلى ذلك لما بين مصلحته ومصلحة شريكه من ارتباط لا يمكن معه القيام بمصلحة نفسه دون القيام بمصلحة شريكه(١). وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «بيد أن الأمر يظل محصوراً في نطاق الفضالة ما بقيت النية المذكورة قائمة، ولو تولى الفضولي شأن الغير وشأن نفسه في وقت واحد بسبب ارتباط هذين الشأنين على نحو لا يتيح له

= السندات (٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٣٢٧). وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا قدم الشريك حصته في الشركة عقاراً مثقلاً بحكر فإنه لا يكون ملزماً بشراء الحكر ولا برد الثمن الذى رأت الشركة أن تشترى به الحكر، وكل ما تملكه الشركة قبله هو أن ترجع عليه بدعوى الإثراء لما أفاده من تخليص العقار من حق الحكر (٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٩٥)، ولم تعتبر المحكمة الشركة فضولياً لأنها عملت لمصلحة نفسها لا لمصلحة الشريك – أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١١٣، ومحكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص٢٦٥. وانظر في القضاء الفرنسي محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ يونية سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢٣-١-٢٢٣ – سيريه ١٩٢١ -١-١٢ (وهو منشور في «الأحكام الرئيسية للقضاء المدنى» لكابيتان باريس سنة ١٩٥٠ ص٤٢٧ – ص٤٢٩ – وقد أشار لحكم آخر من محكمة النقض الفرنسية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعي ١٩٣٢ ص٩٨ – وأشار إلى: كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٧٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٣ – بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٢٧ – بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٢– أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٤١ ص٢٩٥– ص٢٩٦).

(١) ولكن إذا عمل سمسار لمصلحة أحد المتبايعين حتى تمت الصفقة فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتبايع الأخر (استئناف مختلط في ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م٦١ ص٥٩). وكذلك إذا عمل محام لمصلحة موكله حتى كسب القضية فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتقاضين الآخرين الذين لم يوكلوه وكانت لهم مصلحة مشتركة مع موكله (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣٣٨).

(1) الفضالة باعتبارها من مصادر الالتزام تتحقق طبقا لما تنص عليه المادتان ١٨٨، ١٨٩ من التقنين المدنى كلما تولى الشخص عن قصد اثناء توليه شأنا لنفسه القيام بعمل عاجل لحساب غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن القيام باحدهما منفصلا عن الآخر.
(جلسة ١٩٧٧/٤/٨ الطعن ٥٦٢ لسنة ٤٠ق س٢٨ ص٩٧٠)

القيام على أحدهما استقلالا عن الآخر، كما هو شأن الشريك المشتاع عند إدارة المال الشائع»(١).

٢- الفضولي على غير بينة من أمره

٨٧٠- لا يكون فضوليا من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره: وقد لا يكون المتدخل في شؤون الغير على بينة من أمره، فتنصرف نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره. فلا يكون فضولياً في هذه الحالة لأن العبرة بالنية. فمتى انصرفت نيته إلى العمل لمصلحته الشخصية ارتفعت عنه صفة الفضولي(1)، حتى لو كشف بعد ذلك أنه كان يعمل لمصلحة غيره أو لمصلحة نفسه ومصلحة غيره في وقت واحد. فلو أن منزلا كان في حيازة شخص واعتقد الحائز أنه يملك المنزل، فأجرى فيه إصلاحات ضرورية لمصلحته هو، ثم تبين بعد ذلك أن المنزل ملك لغيره أو أنه شائع بينه وبين غيره، فلا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى هذا الغير، ولا يرجع عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها. وفي هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدي(٢): «تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه». وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد، وهي تستعرض ركناً من أركان الفضالة، ما يأتي: «ثالثاً– أن يتصدى الفضولي لشأن الغير عن بينة أو عن قصد، ومؤدى هذا أن تنصرف نية الفضولي إلى القيام بما تصدى له لحساب رب العمل، فإذا لم تتوافر هذه النية بأن اعتقد الفضولي وهو يتولى شأن الغير أن يقوم بشؤون نفسه خرج الأمر عن نطاق الفضالة وطبقت قواعد الإثراء(٣)».

٨٧١- ولكن يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر: أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة غيره فأنه يكون فضولياً كما قدمنا، حتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة هذا الغير كوكيل عنه وهو ليس بوكيل، وحتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة شخص معين فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر(٤). فالمهم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧١.

(٢) وقد حذفت هذه المادة بفقرتيها في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ «لأنها تتصدى لجزئيات يدخل بعضها في نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة في مواد الإثراء بلا سبب». (مجموعة الإعمال التحضيرية٢ ص٤٦٨).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧١. وانظر في هذه المسألة استئناف مختلط في ٢٢ مارس سنة ١٨٩٤ م٦ ص٨٩١ – وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٢٢٧.

(٤) محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ١٢١ ص٣٧٥.

(1) الفضولي يجب أن تنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة غيره لا لمصلحة نفسه، فإذا انصرفت نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فلا تصدق عليه صفة الفضولي حتى ولو عاد تدخله علي الغير بنفع، ومن ثم فان المستأجر إذا قام باصلاحات ضرورية في العين المؤجرة مستهدفا استيفاء منفعة العين لنفسه فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضولياً، حتى ولو كان هذا التدخل ليس مستحقاً لمصلحته وانما قد يكون فيه نفع للمالك بالتبعية.
(جلسة ١٩٧٧/١١/١٦ الطعن ٤٣١ لسنة ٤٤ق س٢٨ ص١٧٠٣)

هو أن تنصرف نية الفضولى إلى العمل لمصلحة الغير، لا لمصلحة شخص معين بالذات. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وإذا كانت تلك النية (نية العمل لمصلحة الغير) ضرورية من هذا الوجه، فهى بمجردها كافية دون حاجة إلى اشتراط انصرافها إلى العمل لحساب شخص معين بذاته. فمتى قصد الفضولى إلى التصدى لشأن الغير، بقى قائماً بعمله، ولو أخطأ فى شخص رب العمل. وفى هذه الحالة يكسب رب العمل الحقيقى ما يترتب على الفضالة من حقوق، ويتحمل ما ينشأ عنها من التزامات (أنظر المادة ٦٨٦ من التقنين الألمانى والمادة ٩٥٥/١١٩١ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ١٥٣ من التقنين اللبنانى)»(١).

المطلب الثالث

الفضولى يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهى عنه

٨٧٢- هذا هو الركن الثالث للفضالة، وهو الركن الذى يحدد الموقف القانونى لكل من الفضولى ورب العمل من الشأن العاجل الذى قام به الفضولى.

أما موقف الفضولى من هذا الشأن العاجل فيتلخص فى أنه لم يكن ملتزماً به قبل أن يتولاه(I). وأما موقف رب العمل فيتلخص فى أنه لم يأمر الفضولى أن يقوم به ولم ينهه عن ذلك.

١- موقف الفضولى من الشأن العاجل

٨٧٣- لا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأن الغير: جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، فى معرض ذكر أركان الفضالة، ما يأتى: «رابعاً- أن يتولى الفضولى شأن الغير دون أن يكون ملتزماً بذلك. وقد فصل التقنين اللبنانى هذا الشرط فنص فى المادة ٦٧٧ على إثبات صفة الفضولى لمن يتولى شأناً لحساب الغير دون أن يوكله هذا أو دون أن يكون ملزماً قانوناً بذلك. وتبسط التقنين النمساوى فى هذا الشأن فنص فى المادة ١٠٣٥ على إلحاق صفة الفضولى بمن يقوم بشأن للغير (غير مأذون بمقتضى اتفاق صريح أو ضمنى أو أمر من محكمة أو نص فى القانون). وعلى هذا الأساس لا يعتبر فضولياً من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧١- ص٤٧٢.

(I) من المقرر أنه حيث تقوم بين طرفى الخصومة رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الاثراء بلا سبب أو لاحكام الفضالة، بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر، وإذا كانت العلاقة بين طرفي الخصومة علاقة تعاقدية وقد خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط حق الشركة الطاعنة تأسيساً على قواعد الاثراء بلا سبب والفضالة فإنه يكون مشوبا بالخطأ فى تطبيق القانون.
(جلسة ١٩٨١/٥/١٨ الطعن ٤٧٠ لسنة ٥٠ق س٣٢ ص١٥٣٠)
(جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ الطعن ٩١١ لسنة ٤٧ق س٣٠ ص٤٢٦ ع٣)
(جلسة ١٩٧٦/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص١٥٨٣)

يكون ملزماً بتولى شأن الغير بمقتضى عقد كالوكيل أو بمقتضى أمر من المحكمة كالحار[س] أو بمقتضى نص فى القانون كالوصى(١)».

ويتبين من ذلك أن من يتولى الشأن العاجل لرب العمل يجب، حتى يكون فضولياً، أ[لا] يكون ملتزماً من قبل أن يقوم بهذا الشأن، لأنه إذا كان ملتزماً به فهو ليس بفضولى يتبر[ع] بالعمل لمصلحة الغير، بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن(1).

ويترتب على ذلك أن المقاول إذا تعاقد مع رب العمل على أن يقيم له بناء فى أرض[ه] فإن المقاول لا يعتبر فضولياً. لأنه ملتزم بإقامة البناء بمقتضى عقد المقاولة. كذلك الحار[س] القضائى وهو يدير العين المتنازع عليها لا يعتبر فضولياً لأنه ملتزم بإدارة العين بمقتضى أ[مر] القاضى. والمتبوع إذا دفع تعويضاً عن الضرر الذى أحدثه تابعه لا يعتبر فضولياً لأنه مسئو[ل] بحكم القانون عن هذا الخطأ.

٢- موقف رب العمل من الشأن العاجل

٨٧٤- رب العمل لا يعلم بالفضالة: قلنا إن موقف رب العمل من الفضولى فى هذ[ا] الشأن العاجل هو موقف من لم يأمره بتولى العمل ولم ينهه عنه.

وفى الكثرة الغالبة من الأحوال يكون رب العمل غير عالم بأن الفضولى قد تولى شأ[ناً] عاجلاً من شؤونه، لأنه يكون بعيداً عن هذا الشأن فلا يتمكن من أن يتولاه بنفسه، فيتولا[ه] الفضولى عنه. وهذه هى الحالة الغالبة فى الفضالة. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحي[ة] للمشروع التمهيدى: «والغالب أن يجهل رب العمل تصدى الفضولى للقيام بهذ[ا] العمل(٢)».

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧٢. ويلاحظ أن التزام الوكيل بالعقد، على ما جاء فى المذكر[ة] الإيضاحية، هو التزام للوكيل الرجوع فيه لأن الوكالة عقد غير لازم. ونؤثر أن يكون استبعاد الوكيل عن نطاق الفضالة آتياً من طريق أنه مأمور من رب العمل لا من طريق أنه ملتزم بمقتضى العقد، كما سنرى هذا والكفيل إذا تطوع لكفالة المدين، دون أمر منه أو نهى، كان فضولياً، والعمل الذى قام به لمصلح[ة] المدين هو التزامه نحو الدائن بوفاء الدين إذا لم يف المدين به. وللكفيل فى هذه الحالة، إذا هو دف[ع] الدين، أن يرجع على المدين بدعوى الفضالة. أما إذا كان الكفيل مأموراً من المدين بالكفالة، فكفل الدين ثم دفعه للدائن، كان له أن يرجع على المدين بدعوى الوكالة، ولا يكون فضولياً فى هذه الحالة وكذلك لا يكون فضولياً إذا نهاه المدين عن الكفالة، ولكنه كفل المدين بالرغم من هذا النهى ودفع للدائن، ويرجع فى هذه الحالة على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب.

(1) الفضالة – على ما تقضى به المادة ١٨٨ من القانون المدنى، تقتضى أن – يتولى شخص عن قصد القيا[م] بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك، وإذا كانت الشركة حين عهدت للطاع[نة] باقامة المبانى على الأرض انما كانت تعمل لحساب نفسها لا لحساب المطعون ضدها الأولى (الشريك الموصية فيها) فان احكام الفضالة تكون غير منطبقة، كما ينتفى قيام الوكالة المدعى بها لان الوكالة [لا] تكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانونى لحساب الموكل.
(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص١٠٠٢)

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧٠.

٨٧٥- رب العمل يعلم بالفضالة: ولكن قد يقع أن رب العمل يكون عالماً بأن الغير يتولى شأناً من شؤونه العاجلة. فإذا كان هو الذى دعاه إلى ذلك كان الغير وكيلا لا فضوليا[١]. وكالوكالة السابقة الإجازة اللاحقة، فيجوز أن رب العمل لا يدعو الفضولى إلى تولى شؤونه، ولكنه يجيز عمله بعد ذلك، فيصبح الفضولى بهذه الإجازة وكيلا[1]. وفى هذا تقول المادة ١٩٠ التى سبق ذكرها: «تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى». وتصبح الفضالة وكالة منذ بدء الفضالة، إذ أن الإجازة لها أثر رجعى[٢]. ويستثنى الغير من ذلك، فلا يكون للإجازة أثر رجعى بالنسبة إلى الغير إلا من وقت صدورها. ويصح أن تصدر الإجازة من رب العمل سواء كان المتدخل فى شؤونه فضولياً استوفى شروط الفضالة، أو كان لم يستوف شروط الفضالة بأن كان يعمل لمصلحة نفسه مثلا، ففى الحالتين تجعل الإجازة المتدخل وكيلا إذا كان العمل الذى قام به تصرفاً قانونيا[٣]. وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن: «فإذا أجاز رب العمل الفضالة صراحة أو ضمناً سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولى من حقوق والتزامات من بدء الفضالة. ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورها (أنظر المادة ٩٥٨/١١٩٤ من التقنين التونسى والمراكشى والمادة ١٥٤ من التقنين اللبنانى)، ويكون من أثر هذه الإجازة سريان أحكام الوكالة، ولو كان الفضولى قد قام بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه (المادة ٦٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٢٠ من التقنين البولونى). ويراعى فى الحالة الأخيرة أن الوضع الذى تطبق بشأنه أحكام الوكالة ليس صورة من صور الفضالة، ولكنه صورة من صور الإثراء بلا سبب[٤]».

أما إذا كان رب العمل لم يدع الغير إلى تولى العمل الذى قام به، بل على العكس من ذلك نهاه عن التدخل فى شؤونه، فلا يكون الغير فضوليا[٥]، ويجب عليه الامتناع عن

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٣٧. ويشترط حتى يكون الغير وكيلا أن يكون العمل الذى يتولاه هو تصرف قانونى.

(1) الاقرار بعقد الفضالة يرتب عليه جميع آثار الوكالة على ما تنص بذلك المادة ١٩٠ من القانون المدنى الجديد التى قننت ما استقر عليه الفقه والقضاء فى عهد القانون المدنى الملغى.
(جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨ الطعن ٦٤ لسنة ٢٣ق س٨ ص١٧٦)

(٢) ويجوز مع ذلك ألا يكون رب العمل أهلا للتصرف الذى قام به الفضولى وقت قيام هذا به، مادام يصبح كامل الأهلية وقت الإجازة، فإن القاصر يستطيع عند بلوغ سن الرشد إجازة التصرفات التى صدرت وهو قاصر (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٤ ص٤٢٢).

(٣) وللاجازة فائدة عملية تظهر فيما إذا كان هناك شك فى أن تدخل الغير قد استوفى شروط الفضالة، فإجازة رب العمل لتدخل الغير تقطع كل شك وتجعل التصرف المجاز سارياً فى حق المجيز (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٢٢٤ ص٤٢١).

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧١. ويلاحظ أن الفضالة لا تنقلب وكالة فى جميع الصور المتقدمة إلا إذا كان العمل الذى يتولاه الفضولى هو تصرف قانونى.

(٥) استئناف مختلط فى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م٢٣ ص٣٣٣- وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص٩٢ - وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٣٤ - وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٦٩.

التدخل، وإلا ارتكب خطأ قد يستوجب مسئوليته التقصيرية إذا عاد تدخله بالضرر على رب العمل. وإذا عاد بالمنفعة، فإنه لا يرجع بدعوى الفضالة، بل بدعوى الإثراء بلا سبب. وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يقضى بهذه الأحكام، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣، وقد حذفت اكتفاء بتطبيق القواعد العامة، وكانت تجرى بما يأتى: «وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة[١]».

بقى الفرض الثالث، وهو أن يكون رب العمل لم يدع الغير إلى التدخل فى شؤونه ولم يمنعه من ذلك. فإذا وقف رب العمل من المتدخل هذا الموقف السلبى، لا يأمره بالتدخل ولا ينهاه عنه. كان هذا هو مجال الفضالة، واعتبر المتدخل فضولياً. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى: «فإذا علم (رب العمل) بذلك ولم يفصح عن موقفه من طريق المعارضة أو الإقرار، بقيت لقواعد الفضالة ولايتها، ووجب تطبيقها[٢]».

---

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص هو المادة ٢٦٣ من هذا المشروع. وقد جرى هذا النص على الوجه الآتى: «١- تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه. ٢- وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة. ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة، ولا يعتد بهذه الإرادة المخالفة، إذا كان من تدخل فى شؤون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت». وقد أدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية على هذا النص. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٩٥. ولما عرض النص على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، رأت اللجنة حذفه لأنه يتصدى لجزئيات يدخل بعضها فى نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة فى مواد الإثراء بلا سبب. ووافق مجلس الشيوخ على الحذف.
ولاشك فى أن تطبيق القواعد العامة تتسع لاستنباط الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها النص. فالشخص الذى يقوم بشأن لنفسه لا يكون فضولياً، بل يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب. كذلك يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب من تدخل فى شؤون غيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير حتى لو كانت هذه الإرادة مفروضة. ولكن النص استثنى من القاعدة الثانية حالة ما إذا كان التدخل قد اقتضته حاجة ملحة هى وجود التزام قانونى فى ذمة رب العمل تقضى بأدائه المصلحة العامة، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت، فإذا تدخل شخص وأدى عن رب العمل التزامه بالنفقة نحو من تجب عليه نفقته، أو قام بتجهيز ميت يلتزم رب العمل شرعا بتجهيزه، فإن هذا الشخص يعتبر فضولياً فى هذه الحالة حتى لو نهاه رب العمل عن التدخل وعن أداء هذا الالتزام القانونى. وعلة هذا الحكم مفهومة، فإن الفضولى إنما يقوم عن رب العمل بالتزام قانونى تقضى المصلحة العامة بأدائه، فلا يعتد فى هذه الحالة بنهى رب العمل للفضولى عن أداء هذا الالتزام. ولكن أيكفى أن تكون علة الاستثناء مفهومه؟ وأليس من الواجب، إذا أريد الاستثناء من قاعدة عامة، أن ينص على هذا الاستثناء؟
(أنظر فى المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٦٧ هامش رقم ١ وص٤٧٠ - ص٤٧١).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧٠.

ومن ثم نرى أن الفضالة لا تقوم إلا في فرضين من الفروض المتقدمة: (١) إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولي (٢) أو كان يعلم بهذا التدخل ولكنه يقف منه موقفاً سلبياً، لا يأمر به ولا ينهى عنه.

المبحث الثاني
أحكام الفضالة

٨٧٦– التزامات الفضولي والتزامات رب العمل: الفضالة، إذا توافرت أركانها على النحو الذى قدمناه، ترتب التزامات في جانب الفضولي وأخرى في جانب رب العمل.

المطلب الأول
التزامات الفضولي

٨٧٧– ما هي هذه الالتزامات وما هو مصدرها: يلتزم الفضولي بما يأتي:

١ – أن يمضي في العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

٢ – أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك.

٣ – أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادى.

٤ – أن يقدم حساباً لرب العمل عما قام به وأن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة.

ومصدر هذه الالتزامات جميعاً عمل مادى إرادى يقوم بـه الفضولي فيرتب عليه القانون مباشرة هذه الالتزامات[1]. وهذا ظاهر إذا كان العمل الذى يقوم به الفضولي هو عمل مادى في ذاته، وهو صحيح أيضاً حتى إذا كان العمل الذى يقوم به الفضولي هو تصرف قانوني، سواء عقده باسمه الشخصي أو عقده باسم رب العمل نيابة عنه، ففي الحالتين يعتبر قيام الفضولي بإبرام هذا التصرف القانوني عملاً مادياً في العلاقة ما بين

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الشأن ما يأتي: «يعتبر القانون مصدراً مباشراً لالتزامات الفضولي، ولو أنها تنشأ بمناسبة عمل إرادى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٧٣). ونريد بالعمل المادى الإرادى هنا أن الذى أراده الفضولي هو العمل المادى، لا الالتزامات التي يرتبها القانون على هذا العمل (قارن الدكتور أبو عافية في التصرف القانوني المجرد النسخة العربية ص١٧٠ هامش رقم ٧). ولا يجوز القول إن القانون مصدر غير مباشر لالتزامات الفضولي وأن المصدر المباشر لهذه الالتزامات هو هذا العمل المادى الإرادى الصادر من الفضولي فإن القانون لم يعمل بعد أن يجعل من العمل المادى الإرادى مصدراً عاماً للالتزام، كما فعل في العقد وفي العمل غير المشروع وفي الإثراء بلا سبب. والصحيح أن القانون رتب على واقعة قانونية معينة، هي العمل المادى الصادر من الفضولي بشروطه المعروفة، التزامات معينة، كما رتب التزامات معينة على وقائع قانونية أخرى، كواقعة الجوار وواقعة القرابة. فكل هذه الوقائع يرتب عليها القانون التزامات ينص عليها، ويعتبر القانون مصدراً مباشراً لهذه الالتزامات. وسنفصل ذلك عند الكلام في الالتزامات التي تنشأ من القانون (أنظر في الرأى الآخر مذكرات مطبوعة للدكتور وديع فرج ص٢٩– ص٣٠).

الفضولي ورب العمل، وإن كان العمل يعتبر تصرفاً قانونياً في العلاقة ما بين الفضولي والغير إن كان الفضولي عقده باسمه الشخصي، وفي العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولي عقده باسم رب العمل.

ونستعرض: (أولا) التزامات الفضولي الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام تتعلق بأهلية الفضولي وبالأثر الذى يترتب على موت الفضولي أو موت رب العمل وبتقادم هذه الالتزامات.

١ – التزامات الفضولي الأربعة

أ– الالتزام الأول: مضى الفضولي في العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه:

٨٧٨– جاء في المادة ١٩١ ما يأتي: «يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه[1]». وقد أراد المشرع بهذا الالتزام أن يمنع التدخل في شؤون الغير عن خفة واستهتار. فمن تدخل في شأن لغيره من غير أن يدعي لذلك وجب عليه ألا يتخلى عن العمل متى بدا له أن يتخلى، بل يلتزم بالمضي فيما بدأه رعاية لمصلحة رب العمل، وهي المصلحة التي قصد الفضولي أن يرعاها. ولكن لا يلتزم الفضولي بإتمام العمل إلا إذا لم يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه. فإذا تمكن من ذلك – وسنرى أن الفضولي يجب عليه إخطاره بتدخله متى استطاع – سقط عن الفضولي التزامه بإتمام العمل بل التزامه بالمضي فيه، وأصبح من واجب رب العمل، ومن حقه في الوقت ذاته، أن يباشر شؤونه بنفسه، وأن يتخلى له الفضولي عن ذلك.

وإذا كان العمل الذى تولاه الفضولي عملا مادياً، كتنقية زراعة من دودة القطن أو إطفاء حريق، وجب على الفضولي المضى في تنقية الزراعة أو في إطفاء الحريق حتى يأتي رب العمل ويباشر العمل بنفسه. أما إذا كان العمل الذى تولاه تصرفاً قانونياً – سواء عقده باسم رب العمل أو باسمه الشخصي – فواجبه هنا أيضا أن يمضي في عمله، فيتم إبرام التصرف القانوني، ويقوم بالإجراءات التي يوجبها القانون كتسجيل التصرف أو قيده، ثم يباشر تنفيذ التصرف إذا اقتضى الأمر، فيؤدى ما أنشأه التصرف من التزامات، ويطالب بما رتبه من حقوق، باسم رب العمل أو باسمه الشخصي على حسب الأحوال. كل هذا حتى يتمكن رب العمل من مباشرة التصرف الذى عقده الفضولي نيابة عنه، فيمضي في الإجراءات أو في التنفيذ بنفسه. أما التصرف الذى عقده الفضولي باسمه الشخصي

(١) **تاريخ النص**: رد هذا النص في المادة ٢٦٥ من المشروع التمهيدى بتغيير لفظى طفيف. وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة تحت رقم ١٩٧ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب دون تعديل تحت رقم ١٩٧. كما وافق عليه كل من لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧٣– ص٤٧٤).

فيستمر هذا فيه حتى يتم تنفيذه لأنه هو المسئول عنه شخصياً، وليس لرب العمل إلا تعويضه عن التزاماته وإلا محاسبته عنه كما سيأتى.

ب- الالتزام الثانى: إخطار الفضولى رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك:

٨٧٩- ولا يكفى أن يمضى الفضولى فى العمل الذى بدأ به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، بل يجب إلى ذلك أن يبادر إلى إخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يتمكن من ذلك، فيستطيع رب العمل بعد هذا الإخطار أن يستعمل حقه من مباشرة العمل بنفسه، وقد رأينا أن هذه المباشرة إذا كانت واجبا عليه فهى أيضاً حق له. وهذا الالتزام هو ما ينص عليه الشطر الثانى من المادة ١٩١ إذ تقول «كما يجب عليه (أى على الفضولى) أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك[١]». وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[٢] فى هذا الصدد ما يأتى: «ويلاحظ أن الفضولى يلزم بالمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه. ولما كان لرب العمل أن يكف الفضولى عن التدخل فيما تصدى له، لذلك كان من واجب الفضولى أن يخطره بتدخله فى أول فرصة تتاح له. ومتى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبة أن يقوم بذلك».

وغنى عن البيان أن الفضولى ليس مطالباً أن يبذل جهداً غير معتاد لإخطار رب العمل بتدخله، بل هو مطالب أن ينتهز أول فرصة معقولة تتاح له حسب الظروف التى تحيط به للقيام بهذا الإخطار.

جـ- الالتزام الثالث: بذل عناية الشخص العادى فى القيام بالعمل:

٨٨٠- النص القانونى: تنص المادة ١٩٢ على ما يأتى:

«١- يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى. ويكون مسئولا عن خطئه. ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك».

«٢- وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب».

«٣- وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية»[٣].

---

(١) أنظر فقرة ٨٧٨ فى الهامش.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧٣.

(٣) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل العناية المطلوبة من الشخص المعتاد وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة. ٢- ويكون مسئولا عن كل خطأ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على خطئه إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك. ٣- وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات =

وهذا النص يشتمل على أحكام هامة فى الفضالة[١]. فهو: (١) يرسم معيار الخطأ

= نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب. وإن تعدد الفضولى كان الجميع متضامنين فى المسئولية». ثم قدمت لجنة المراجعة النص تحت رقم ١٩٨ فى المشروع النهائى بالصيغة الآتية: «١- يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة. ويكون مسئولا عن كل خطأ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص التعويض على خطئه إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك. ٢- وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب. ٣- وإذا تعدد الفضوليون كانوا متضامنين فى المسئولية». - وقد وافق مجلس النواب على المادة كما وردت فى المشروع النهائى دون تعديل تحت رقم ١٩٨ - وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تليت المادة ١٩٨، فاقترح حذف عبارة «وأن يطابق بين عمله وإرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة» الواردة فى الفقرة الأولى من هذه المادة لأنها تورد معياراً شخصياً يوقع فى إشكالات كثيرة. واقترح كذلك الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد فى صدر هذه الفقرة وتعديل باقى الفقرة إلى ما يأتى: «ويكون مسئولا عن خطئه، ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك». كما اقترح حذف الفقرة الثانية لأنها تطبيق للقواعد العامة وقواعد مسئولية المتبوع عن تابعه. واعترض على صياغة الفقرة الثالثة لأنه يجب أن يكون هناك ارتباط فى العمل بين الفضوليين، وإذا كان المقصود منها أن تطبق فى حالة ما إذا قام أكثر من واحد بعمل واحد فمن الواجب إظهار هذا الحكم. واقترح أن يكون نصها كالآتى: «وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية». وبذلك أصبح نص المادة ١٩٨ كالآتى: «١- يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى ويكون مسئولا عن خطئه. ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك ٢- وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية». وفى جلسة أخرى من جلسات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تليت المادة ١٩٨ ورأت اللجنة بعد مناقشتها إرجاع الفقرة الثانية منها وكانت قد حذفتها، وسبب ذلك أن الفضالة عمل قائم بذاته يحتاج إلى شئ من العناية فى النصوص الخاصة به. وقالت اللجنة فى تقريرها ما يأتى: «حذفت اللجنة من الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة «وأن تطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة» واكتفت اللجنة بأن يبذل الفضولى فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى، واستبدلت فى الفقرة نفسها عبارة «إذا كانت الظروف تبرر ذلك» بعبارة «إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك» فقد تكون هناك ظروف غير التى دفعت الفضولى إلى القيام بالعمل وتقضى فى الوقت نفسه إنقاص التعويض. ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تمشياً مع ما تمليه العدالة». وأصبح رقم المادة ١٩٢ - ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧٤ - ص٤٧٨).

(١) أنظر ما يقابلها فى التقنينات الأجنبية المادة ٦٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٣٧٢ و١٣٧٤ من القانون الفرنسى والمادة ١٨٩٠ من القانون الإسبانيولى والمادة ١٥٦ من القانون اللبنانى والمادة ٦٨١ من القانون الألمانى والمادة ٤٢٠ من قانون الإثبات السويسرى.

ولا مقابل فى القانون المصرى القديم لهذا النص الجديد إلا المادتان ١٤٩/٢١٠ من القانون القديم، وهذا هو نصهما: «الالتزامات الناشئة عن الأفعال فى الأحوال المتقدم ذكرها (وهى حالة الفضالة وحالة استرداد غير المستحق) لا يترتب عليها تضامن فاعليها». ونرى من ذلك أن القانون القديم لم يعرض فى هذا النص إلا لتضامن الفضوليين فى المسئولية فنفى هذا التضامن على خلاف ما قرره القانون الجديد. أما الأحكام الأخرى - معيار الخطأ وما يترتب عليه من مسئولية الفضولى وأحكام نائب الفضولى - فلم يعرض لها القانون القديم، ولكن القضاء والفقه فى مصر كانا يقرران دون =

فى الفضالة وما يترتب من المسئولية على هذا الخطأ. (٢) ويبين أحكام نائب الفضولى. (٣) ويقرر التضامن فى المسئولية إذا تعدد الفضولى.

٨٨١– الخطأ فى الفضالة: لا يلتزم الفضولى بالوصول إلى النتيجة المرجوة، بل يلتزم ببذل عناية الشخص العادى للوصول إلى هذه النتيجة. فالتزامه ليس التزاماً بتحقيق غاية، بل هو التزام ببذل عناية(١).

ومعيار خطأ الفضولى هو كمعيار الخطأ العقدى ويقلس على خطأ الوكيل إذا كان مأجوراً (م٧٠٤ فقرة ٢) فيجب ألا ينحرف الفضولى فى القيام بعمله عن السلوك المألوف للرجل العادى، وأى انحراف عن هذا السلوك يكون خطأ يوجب مسئوليته(٢). وليس هذا الخطأ خطأ عقدياً لأن التزام الفضولى ببذل عناية الرجل العادى ليس التزاماً عقدياً، ولا هو خطأ تقصيرى لأن مسئولية الفضولى ليست مسئولية تقصيرية إلا إذا ارتكب خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة. وإنما هو خطأ فى الفضالة، معياره هو عين معيار الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى. وخصوصية هذا الخطأ أن المسئولية عنه قد لا تكون كاملة، إذ يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب عليه إذا كانت الظروف تبرر ذلك، وكثيراً ما تبرر الظروف التخفيف من مسئولية الفضولى إذ هو متفضل تدخل لرعاية مصلحة رب العمل. فإذا كان تدخله لدفع ضرر داهم يتهدد رب العمل، ففى هذا الظرف الذى ساقه للتدخل ما يشفع له إذا ارتكب خطأ فى عمله وانحرف قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادى، فيكون هذا سبباً لتخفيف المسئولية وإنقاص التعويض(٣). وقد تكون ظروف أخرى، غير تلك التى ساقته للتدخل، سبباً فى تخفيف المسئولية. فالفضولى الذى يعمد إلى تنقية زراعة جاره من آفة زراعية، ثم يبحث عن مواد كيماوية يكمل بها التنقية، فيجد ظرف يجعل الوصول إلى هذه المواد ينطوى على شئ من المشقة يحجم عندها عن المضى فى

=نص، ومن طريق تطبيق القواعد العامة، الأحكام التى وردت فى نصوص القانون الجديد إلا ما كان منها يحتاج فى تقريره إلى نص كرجوع رب العمل على نائب الفضولى بدعوى مباشرة.

(١) وإذا كان عمل الفضولى هو تصرف قانونى يبرمه باسمه الشخصى أو نيابة عن رب العمل، فلا يعتبر إبرام هذا التصرف هو الغاية المرجوة، بل هو الوسيلة لإدراك هذه الغاية. فيبقى إذن التزام الفضولى، حتى فى هذه الحالة، التزام عناية لا التزام غاية.

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى (م٢٦٦) يوجب أن يطابق الفضولى بين عمله وبين إرادة رب العمل، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة. وقد رأينا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا الحكم لأنه «يورد معياراً شخصياً يوقع فى إشكالات كثيرة، ورؤى الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد فى صدر الفقرة، وهو معيار السلوك المألوف للرجل المعتاد».

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «يلاحظ أن الفضولى يلزم، ما بقى قائماً بالعمل، بأن يبذل فيما يعمل عناية الشخص المعتاد... وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأ يستتبع مساءلته. ومع ذلك فينبغى التسامح فى تقدير هذه المسئولية إذا كان الفضولى قد قام بما تصدى له من شؤون رب العمل لدفع ضرر يتهدده: (أنظر المادة ٤٢٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٦٨ من التقنين الألمانى والمادة ١٥٦ من التقنين اللبنانى والمادتين ١١٨١/٩٤٥ من التقنينين التونسى والمراكشى)». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧٥).

عمله، فينحرف بذلك قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادى، قد يخفف القاضى من مسئوليته عن هذا الخطأ بسبب الظرف الذى جد وجعل الوصول إلى المواد الكيماوية أمراً شاقاً(١).

وقد يرتكب الفضولى خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة يضر به رب العمل، فيكون مسئولا عن هذا الخطأ وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية. مثل ذلك أن يعمد الفضولى إلى إطفاء حريق شب فى منزل جاره، ثم هو بعد إطفاء الحريق والفراغ من أعمال الفضالة، يهمل إقفال باب المنزل فتتسلل اللصوص ويسرقون أمتعة الجار. ففى هذا الفرض يكون خطأ الفضولى فى إهماله أن يقفل باب المنزل خطأ تقصيرياً لأنه خارج عن أعمال الفضالة، ويكون مسئولا نحو رب العمل عن هذا الخطأ مسئولية تقصيرية.

٨٨٢– نائب الفضولى: وقد يعهد الفضولى إلى شخص آخر أن يقوم نيابة عنه بأعمال الفضالة كلها أو بعضها، سواء تولى الفضولى العمل ابتداء ثم مضى نائبه فيه أو تولى النائب العمل من مبدئه(٢). ونائب الفضولى يكون بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفاً قانونياً(٣) وبمثابة المقاول من الباطن إذا كان عملاً مادياً.

ويكون نائب الفضولى مسئولا قبل الفضولى، ويجوز لرب العمل أن يستعمل حق الفضولى فى الرجوع على النائب عن طريق الدعوى غير المباشرة. ولكن القانون المدنى الجديد لم يقتصر على الدعوى غير المباشرة، بل أجاز فوق ذلك لرب العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الفضولى. فرب العمل يستطيع إذن أن يرجع مباشرة: (أولا) على الفضولى لا عن خطئه هو فحسب، بل أيضاً عن خطأ نائبه باعتباره تابعاً له، وتكون مسئولية الفضولى عن النائب هى مسئولية المتبوع عن التابع (ثانيا) على نائب الفضولى نفسه بطريق الدعوى المباشرة التى نص عليها القانون(٤). وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية

(١) وقد رأينا ما جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ: «واستبدلت... عبارة (إذا كانت الظروف تبرر ذلك) بعبارة (إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك)، فقد تكون هناك ظروف غير التى دفعت الفضولى إلى القيام بالعمل وتقضى فى الوقت نفسه إنقاص التعويض، ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تمشياً مع ما تمليه العدالة». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٧٨).

(٢) وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى: «وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه...» فكان النص على هذا النحو يفرض أن الفضولى قد تولى العمل قبل أن يعهد به إلى غيره. وقد عدل النص، كما قدمنا، فى المشروع النهائى على الوجه الآتى: «وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه...» فاتسع النص بذلك لحالة ما إذا عهد الفضولى بالعمل لنائب من مبدأ الأمر وقبل أن يتولاه بنفسه.

(٣) ويستوى فى ذلك أن يكون الأصيل فى التصرف القانونى هو رب العمل أو الفضولى.

(٤) ولم يكن هناك نص فى القانون القديم يعطى لرب العمل هذه الدعوى المباشرة. فهى دعوى قد استحدثها القانون الجديد. وليس لهذا الحكم المستحدث أثر رجعى. فلو أن فضولياً عهد إلى نائب أن يقوم عنه بالعمل وكان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن رب العمل لا تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به النائب قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ولكن يجوز القول، =

من المادة ١٩٢ إذ تقول: «وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب»(١).

بقى أن نعرف هل يكون رب العمل – هو أيضاً – مسئولاً عن التزاماته مباشرة قبل نائب الفضولي؟ لا يوجد نص على هذه العلاقة، كما وجد النص في حالة نائب الوكيل(٢) وفي حالة المقاول من الباطن(٣)، فلا يجوز القول بها، ويبقى رب العمل ملتزماً نحو الفضولي نفسه ويكون الفضولي ملتزماً نحو نائبه.

٨٨٣– التضامن في المسئولية عند تعدد الفضولي: ولما كان خطأ الفضولي في الفضالة على النحو الذى قدمناه ليس بالخطأ التقصيري، فإن الفضوليين في حالة التعدد إذا وقع خطأ منهم وهم يقومون بعمل واحد لا يكونون مسئولين بالتضامن إلا إذا وجد نص يقرر التضامن، وقد أورد القانون الجديد هذا النص على خلاف القانون القديم الذى كان ينص صراحة على عدم التضامن (م١٤٩/٢١٠ قديم). فجاء في الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ ما يأتي: «إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسئولية». ولولا هذا النص لانعدم التضامن بين الفضوليين(٤).

ويلاحظ أن شرط التضامن هو أن يتعدد الفضوليون في عمل واحد. أما إذا تولى كل فضولي عملا مستقلا عن عمل الآخر، فلا يكون هناك تضامن(٥).

=تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat)، بأن رب العمل تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولي عن عمل قام به هذا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى منذ سريان القانون الجديد.

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ويسأل الفضولي كذلك باعتباره متبوعاً عن خطأ من ينيبه عنه، كما أن هذا الأخير يسأل مباشرة قبل رب العمل». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٧٦).

(٢) أنظر المادة ٧٠٨ فقرة ثالثة من القانون المدنى الجديد.

(٣) أنظر المادة ٦٦٢ من القانون المدنى الجديد.

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «وعند تعدد المتصدين لشأن واحد من الفضوليين، يسألون عن خطئهم على وجه التضامن. ولما كان هذا الخطأ يغاير صنوه في نطاق المسئولية التقصيرية، لذلك كان من الضرورى تقرير التضامن بين هؤلاء المسئولين بنص خاص» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٧٦). أنظر أيضاً فيما يتعلق بتضامن الوكلاء عند تعددهم المادة ٧٠٧ من القانون المدنى الجديد.

(٥) وقد رأينا في الأعمال التحضيرية أن ذكر في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أنه «يجب أن يكون هناك ارتباط في العمل بين الفضوليين» حتى يقوم التضامن فيما بينهم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٧٧) – هذا وتضامن الفضوليين حكم استحدثه القانون الجديد كما رأينا، فلا يكون له أثر رجعي: فلو أن الفضوليين قاموا بعمل واحد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لما كانوا مسئولين عنه بالتضامن. أما إذا قاموا بهذا العمل في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن حتى لو قامت الفضالة قبل هذا التاريخ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat).

د– الالتزام الرابع: تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة:

٨٨٤– النصوص القانونية: تنص المادة ١٩٣ على ما يأتي: «يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به»(١).

ونصت المادة ٧٠٦ بالنسبة إلى التزام الوكيل بتقديم الحساب على ما يأتي:

«١– ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه».

«٢– وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر».

٨٨٥– تطبيق هذه النصوص: ويترتب على تطبيق هذه النصوص ما يأتي:

١– إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده نيابة عن رب العمل، فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة في حق رب العمل كما سبق القول. وإذا مضى الفضولي في تنفيذ هذا التصرف باسم رب العمل، كما إذا استوفى حقاً، فإنه يقبض الحق كوكيل. ولا يجوز له أن يستعمل المال لصالح نفسه. وإن فعل فعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه بالسعر القانوني (أى ٤ في المائة) من وقت استخدامها، لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعذار. أما إذا لم يستعمل المال لصالح نفسه، فإن فوائده بالسعر القانوني تجب عليه من وقت إعذاره برد المال.

٢– إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده باسمه الشخصي لصالح رب العمل، فإن هذا التصرف ينفذ في حقه لا في حق رب العمل كما سبق القول. ويجب عليه أن يمضي في العمل وأن ينفذ التصرف عند الاقتضاء. فإذا باع محصولات يسرع إليها التلف، وقبض الثمن، فلا يجوز له أن يستعمله لصالح نفسه، وإلا وجبت عليه فوائده بالسعر القانوني من وقت استخدامه. وعليه أن يرده لرب العمل، وإذا لم يستخدمه لصالح نفسه وجبت عليه فوائده القانونية من وقت الاعذار.

٣– إذا قام الفضولي بعمل مادي، كما إذا جنى محصولا لرب العمل، فعليه أن يسلمه إياه بمجرد التمكن من ذلك. ولا يجوز له أن يستولي عليه لصالح نفسه، وإلا ألزم بالتعويض.

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص كما هو في المادة ٢٦٧ من المشروع التمهيدي. وأقرته لجنة المراجعة وأصبح المادة ١٩٩ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب عليه كما هو تحت رقم ١٩٩. كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٣، ووافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل كذلك. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٧٩).

وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي: «يراعى أن الفضولي يلزم برد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب لرب العمل عما قام به، وهو من هذه الناحية يلتزم بما يلتزم به الوكيل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٧٩).

٢- ما تشترك فيه التزامات الفضولي من أحكام
(أهلية الفضولي - الأثر الذي يترتب على موت الفضولي أو موت رب العمل - تقادم التزامات الفضولي)

أ- أهلية الفضولي:

٨٨٦- أهلية الفضولي بالنسبة إلى التصرف القانوني الذي يتولاه: حتى تتبين بوضوح الأهلية اللازمة للفضولي يجب التمييز بين أهليته بالنسبة إلى ما عسى أن يتولاه من تصرف قانوني وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية كما سبق القول.

فإذا كان العمل الذي يتولاه الفضولي تصرفاً قانونياً عقده باسم رب العمل نيابة عنه، فقد قدمنا أن أهلية الفضولي بالنسبة إلى هذا التصرف هي أهلية الوكيل، فيكفي فيه التمييز ولا تشترط فيه الأهلية الكاملة للتصرف الذي يتولاه، وإنما تشترط هذه الأهلية الكاملة في رب العمل الذي ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف.

وأما إذا كان العمل الذي يتولاه الفضولي تصرفاً قانونياً عقده باسمه الشخصي، فلابد أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة لهذا التصرف لأنه هو الذي يلتزم به كما رأينا، ولا يشترط في رب العمل أية أهلية بالنسبة إلى هذا التصرف إذ يعتبر من الغير فيه.

٨٨٧- أهلية الفضولي بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية: أما إذا نظرنا إلى أعمال الفضالة باعتبارها أعمالاً مادية بالنسبة إلى رب العمل - وقد رأينا فيما تقدم أن جميع الأعمال التي يقوم بها الفضولي، حتى التصرفات القانونية التي يعقدها باسمه أو باسم رب العمل، تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً مادية - فإن أهلية الفضولي للالتزام بهذه الأعمال تقتضي دائماً أن يكون من أهل التمييز، إذ يشترط فيه كما قدمنا القصد في أن يعمل لمصلحة رب العمل. ثم هي بعد ذلك تختلف باختلاف ما يلتزم به. وقد علمنا أن التزامات الفضولي أربعة. اثنان منها - المضي في العمل وإخطار رب العمل - لا يقتضيان أكثر من أهلية التمييز. فيجب على الفضولي ولو لم يكن بالغاً سن الرشد، ما دام مميزاً، أن يمضي في العمل الذي بدأ فيه وأن يخطر به رب العمل متى استطاع ذلك. وإذا هو أخل بأحد هذين الالتزامين كان هذا إخلالاً بالتزام قانوني، واعتبر خطأ تقصيرياً يوجب مسئوليته التقصيرية كاملة. والالتزامان الآخران - بذل العناية الواجبة في إدارة العمل وتقديم الحساب - هما التزامان يتعلقان بحسن إدارة مال الغير، ويشترط فيمن يطلب منه حسن إدارة مال الغير أن يكون كامل الأهلية. أما إذا لم تكن الأهلية الكاملة متوافرة فيه، فلا يكون الرجوع عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب، وهذا ما لم يرتكب خطأ تقصيرياً فتكون مسئوليته التقصيرية كاملة.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ على ذلك فيما يأتي: «إذا لم تتوافر في

الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسئولا عن إدارته إلا بالقدر الذي أثرى به، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع»(١).

ويستخلص من ذلك أن الفضولي إذا كان كامل الأهلية، كانت مسئوليته كاملة عن الالتزام ببذل العناية الواجبة في القيام بأعمال الفضالة وعن التزام بتقديم حساب عن إدارته. أما إذا كان ناقص الأهلية، فلا يكون مسئولاً إلا بالقدر الذي أثرى به. فإذا ارتكب خطأ في الفضالة، أو قصر في تقديم الحساب لرب العمل، أو لم يسلمه ما استولى عليه بسبب الفضالة، وأصاب رب العمل ضرر من جراء ذلك، فلا يكون الفضولي ناقص الأهلية مسئولا إلا في حدود الإثراء بلا سبب، ولا يلتزم إلا بأقل القيمتين: ما انتفع به

---

(١) **تاريخ النص:** ورد النص بفقرتيه كما هو في المادة ٢٧٠ من المشروع التمهيدي. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٢، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته. وأرجأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ البت في النص ثم أقرته دون تعديل تحت رقم ١٩٦. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما هو (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٨٦- ص٤٨٨).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد الفقرة الأولى من هذا النص ما يأتي: «تفترض التزامات الفضولي - وهي التزام المضي في العمل والتزام بذل عناية الشخص المعتاد والتزام تقديم الحساب - توافر أهلية التعاقد فيه، ما دام وضعه يماثل وضع الوكيل من هذا الوجه. وتفريعاً على ذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٦١ من المشروع الفرنسي الإيطالي «بأن من لا تتوافر فيه أهلية قبول التوكيل لا يكون أهلا للالتزام بطريق الفضالة». واستدرك النص فقرر أن الفضولي يسأل مع ذلك عما يحدث من ضرر، ويلزم بقدر ما يثرى بغير سبب. فإذا لم يكن الفضولي أهلا للتعاقد، فلا يسأل عن إدارته إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب وقواعد المسئولية التقصيرية. فمسئوليته والحال هذه تقتصر على القدر الذي أثرى به على ألا يجاوز هذا القدر ما افتقر به رب العمل، ثم إن تلك المسئولية ليس أساسها خطأ قوامه التفريط في بذل عناية الشخص المعتاد، بل يجب لترتيبها إقامة الدليل على وقوع عمل غير مشروع من الفضولي متى كان بداهة غير مجرد من التمييز» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٨٦ - ص٤٨٧).

ونحن نأخذ على ما جاء في المذكرة الإيضاحية أن العبارة الأخيرة منها تخلط ما بين الخطأ في الفضالة، ومسئولية الفضولي ناقص الأهلية عنه مسئولية غير كاملة في حدود الإثراء بلا سبب، والخطأ التقصيري، ومسئولية الفضولي عنه مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية. ونأخذ عليها أيضاً أنها لم تميز تمييزاً واضحاً بين أهلية الفضولي بالنسبة إلى التصرف القانوني الذي قد يتولاه، وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية، ثم فيما يتعلق بهذه الأعمال لم تميز كذلك بين التزام الفضولي بالمضي في العمل والإخطار عنه والتزامه ببذل العناية الواجبة وتقديم الحساب.

وعذرنا - ونحن الذين وضعنا المذكرة الإيضاحية - أن هذه المسألة الدقيقة يضطرب القول فيها عادة، ولا يكاد الفقهاء يجمعون فيها على رأي. وقد استقر بنا الرأي بعد تمحيص على ما قررناه فيما تقدم (قارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٠٩ ص٤٠٥ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٦٢ - الدكتور أبو عافية في التصرف القانوني المجرد النسخة الفرنسية ص١٦٧ هامش رقم ٧- الدكتور محمد وهيبة في النظرية العامة للالتزامات فقرة ٣٧٧- والتون٢ ص١٥٨- ص١٥٩ - دي هلتس ٢ ص٣٠١ فقرة ٤٦ - بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٢٩ - أوبري ورو ٦ ص٢٩٣ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٩ - كولان وكابيتان٢ ص٧٢١ - ديموج٣ فقرة ٢٩- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٢١٨).

فعلا ومـا أصـاب رب العمل من ضرر. كل هذا ما لم يرتكب الفضولى خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة – وقد ميـزنا فيمـا تقـدم بين الخطأ التقصيرى والخطأ فى الفضالة – فتكون مسئولية الفضولى عن الخطأ التقصيرى مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية.

ويستخلص مما قدمناه عن الأهلية فى دعوى الإثراء بلا سبب وفى دعوى غير المستحق وفى دعوى الفضالة، أن المثرى لا تشترط فيه أية أهلية، فهو يلتزم بالإثراء حتى لو كان ناقص الأهلية، بل حتى لو كان عديم التمييز. أما المدفوع له فى دعوى غير المستحق، أو الفضولى فى دعوى الفضالة، فيشترط فيه كمال الأهلية، وإلا لم يكن مسئولا إلا فى حدود الإثراء بلا سبب.

ب– أثر موت الفضولى أو موت رب العمل فى التزامات الفضولى:

٨٨٨– النصوص القانونية: تنص المادة ١٩٤ على ما يأتى:

«١– إذا مات الفضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢».

«٢– وإذا مات رب العمل بقى الفضولى ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم[1]».

وتنص المادة ٧١٧ فقرة ٢ على ما يأتى:

«وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته، إذا توافرت فيهم الأهلية

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٢٦٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– تنقضى الفضالة بموت الفضولى، ومع ذلك يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٩٩٦ فقرة ٢. ٢– ولا تنقضى الفضالة بموت رب العمل، ويبقى الفضولى ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم». وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديل فى الصياغة يقصر النص على الحكم المطلوب فأقرته اللجنة وأصبح النص النهائى ما يأتى:
«١– إذا مات الفضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩٤. ٢– إذا مات رب العمل بقى الفضولى ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم». وأصبح رقم المادة ٢٠٠ فى المشروع النهائى – ووافقت لجنة مجلس النواب على المادة بعد أن أضافت إلى آخر الفقرة الأولى كلمتى «فقرة ٢»، واستبدلت رقم ٧٤٨ برقم ٧٤٩– ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها اللجنة تحت رقم ٢٠٠ – وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ووفق على المادة دون تعديل بعد استبدال رقم ١٧١٧ برقم ٧٤٨ وأصبح رقم ١٩٤. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٨٠ – ص٤٨١).
وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: «يظل الفضولى مرتبطاً بالتزاماته هذه ولو مات رب العمل. وفى هذه الحالة يلتزم قبل الورثة إذ يؤول إليهم ما كان لمورثهم من حقوق فى هذا الصدد من طريق الميراث. بيد أن التزامات الفضولى تنقضى على نقيض ذلك بموته ولا تنتقل إلى ورثته. ومع ذلك فيلزم هؤلاء الورثة التزاماً شخصياً مباشراً بما يلتزم به ورثة الوكيل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٨٠).

وكـانوا على علم بالوكـالة، أن يبـادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم، وأن يتخـذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل».

ويخلص من هذه النصوص أنه يجب التمييز بين فرضين: موت الفضولى وموت رب العمل.

٨٨٩– موت الفضولى: تنقضى الفضالة بموت الفضولى كما تنقضى الوكالة بموت الوكيل، وبذلك تنقضى التزامات كل من الفضولى والوكيل. أما ورثة الفضولى فيلتزمون التزاماً شخصياً مباشراً بما تلتزم به ورثة الوكيل. وهؤلاء، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، يلتزمون بالمبادرة إلى إخطار الموكل بموت الوكيل، وباتخاذ التدبيرات المناسبة لصالح الموكل تبعاً لما تقتضيه الحال. وبذلك أيضاً تلتزم ورثة الفضولى إذا كانوا كاملى الأهلية وعلى علم بالفضالة. فعليهم أن يخطروا رب العمل بموت مورثهم. وعليهم أيضاً أن يحافظوا على ما تم من عمل بأن يصلوا به إلى حالة لا يتعرض معها للتلف حتى يتمكن رب العمل من أن يباشر العمل بنفسه.

٨٩٠– موت رب العمل: هنا تختلف الفضالة عن الوكالة. فالوكالة تنقضى بموت الموكل (م٧١٤)، ومتى انقضت وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م٧١٧ فقرة ١). أما الفضالة فلا تنقضى بموت رب العمل، بل يبقى الفضولى قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما كان قائماً بها نحو رب العمل. ولا يكفى أن يصل الفضولى بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف، كما تفعل ورثة الوكيل وكما تفعل ورثته إذا مات هو، بل يجب عليه أن يستمر فى العمل لصالح ورثة رب العمل الذين حلوا محل مورثهم.

والسبب فى أن الفضالة لا تنتهى بموت رب العمل أن موقف الفضولى من ورثة رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه، فهو فضولى بالنسبة إليهم كما كان فضوليا بالنسبة إلى مورثهم. فلا معنى لانقضاء الفضالة بموت رب العمل. وهذا بخلاف الوكالة، فإن العلاقة بين الوكيل والموكل علاقة شخصية قامت على اتفاق بينهما، فإذا مات الموكل لم يجبر الوكيل على البقاء فى علاقة شخصية مع ورثة لم يتفق معهم على هذه العلاقة. أما أن كلا من الفضالة والوكالة تنقضى بموت الفضولى أو الوكيل، فذلك لأن الفضولى أو الوكيل هو الذى يقوم بالعمل، فلا محل لإلزام الورثة بما التزم به مورثهم.

جـ– تقادم التزامات الفضولى:

٨٩١– تنص المادة ١٩٧ على أنه «تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه. وتسقط كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق»[1].

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٢٧١ من المشروع التمهيدى مع زيادة كلمة «بالتقادم» فى صدر النص. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٣ فى المشروع النهائى. ووافـق عليـه مجلس النـواب =

ويستخلص من هذا النص أن الفضولي إذا لم يقم بالتزاماته، أن لم يمض في العمل أو لم يخطر رب العمل بتدخله أو لم يبذل العناية الواجبة أو لم يقدم حساباً عن عمله، فإن رب العمل يستطيع مقاضاته ليلزمه بتنفيذ التزاماته هذه عيناً أو بطريق التعويض.

وتسقط هذه الدعوى الناشئة عن الفضالة بأقصر المدتين: ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه رب العمل بحقه، أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء هذا الحق. ومدة التقادم هذه هى عينها مدة التقادم فى دعوى الإثراء بلا سبب وفى دعوى غير المستحق(1).

ونشير هنا إلى ما سبق أن قررناه فى الدعويين الأخيرتين، من أن التقادم بثلاث سنوات يتم غالباً قبل التقادم بخمس عشرة سنة. ولكن قد يقع أن رب العمل لا يعلم بحقه إلا بعد مدة طويلة، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة، فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم رب العمل بحقه فى الرجوع على الفضولى.

المطلب الثانى

التزامات رب العمل

٨٩٢- ما هى هذه الالتزامات وما هو مصدرها: تنص المادة ١٩٥ على أنه «يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة. وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل. ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته»(١).

=تحت الرقم ذاته. وأقرته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ مع حذف كلمة «بالتقادم» تحت رقم ١٩٧. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٨٨ – ص٤٨٩). وحذفت كلمة «بالتقادم» لأن معنى التقادم واضح بدونها، فلا ضرورة لها.

(1) يسقط حق الفضولى فى استرداد المصروفات التى صرفها من وقت قيامه قصدا بالفعل الذى ترتب عليه منفعة رب العمل.
(جلسة ١٩٥٣/٢/١٢ الطعن ٣٥٠ سنة ٢٠ق س٤ ص٤٧٦)

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل فى حدود إدارته الحسنة، فإن حسنت هذه الإدارة، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة منها، كان رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها باسمه الفضولى، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها شخصياً، وأن يرد له كل النفقات الضرورية والنافعة التى تسوغها الظروف، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها، وأن يعوضه تعويضاً عادلاً عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل. ٢- ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته» – وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد استبدال كلمة «سوغتها» بكلمة «تسوغها» تحت رقم ٢٠١ فى المشروع النهائى=

ويتبين من هذا النص أن رب العمل تترتب فى ذمته التزامات أربعة:

١- أن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عنه.

٢- أن يعوض الفضولى عن التعهدات التى عقدها هذا باسمه شخصياً.

٣- أن يرد إلى الفضولى النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها، وبأن يدفع له أجراً على عمله إذا كان العمل الذى قام به الفضولى يدخل فى أعمال مهنته.

٤- أن يعوض الفضولى عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل.

بقى أن نبين مصدر هذه الالتزامات الأربعة.

فأول التزام منها – وهو الالتزام بتنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عن رب العمل – مصدره النيابة القانونية. وهى نيابة أنشأها القانون بصريح النص فى صدر المادة ١٩٥ إذ يقول: «يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة.

والالتزامات الثلاثة الأخيرة – تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها باسمه. ورد النفقات والأجر، وتعويضه عن الضرر – مصدرها الإثراء بلا سبب(1). ومن هنا تتصل

= ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٢٠١ – وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة «فى حدود إدارته الحسنة فإذا حسنت هذه الإدارة» الواردة فى أول الفقرة الأولى، واقترحت الإحالة إلى المعيار السابق النص عليه فى المادة ١٩٨. كما اقترح استبدال كلمة «لحسابه» بكلمة «باسمه» وحذف كلمتى «كل» و«شخصياً» وعبارتى «التى سوغتها الظروف» و«تعويضاً عادلاً». كذلك اقترح جعل المادة فقرة واحدة. فوافقت اللجنة على كل ذلك. وقد اقتضت الصياغة حذف كلمتى «منها كان» والاستعاضة عنهما بعبارة «وفى هذه الحالة يكون». وبذلك أصبح نص المادة كالآتى: «يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة. وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها لحسابه الفضولى، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل. ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته». وفى جلسة أخرى وافقت اللجنة على إعادة العبارة التى سبق لها أن حذفتها وهى «التى سوغتها الظروف»، وكتبت فى تقريرها ما يأتى: «عدلت اللجنة الفقرة الأولى وأدمجت فيها الفقرة الثانية، وخلاصة التعديل أن اللجنة استبدلت بعبارة «فى حدود إدارته الحسنة» عبارة «متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى» حتى لا يتبادر إلى الذهن أن النص يأخذ بمعيار غير المعيار الذى قررته المادة ١٩٨، وهذبت صياغة المادة تهذيباً لفظياً يتناسب مع هذا التعديل وأصبح رقمها ١٩٥».
ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة. (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٨٢– ص٤٨٥).

(1) متى توافرت شروط الفضالة المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ من القانون المدنى (قديم) كان للفضولى بحكم القانون أن يطالب رب العمل بالمصاريف التى صرفها والخسارة التى خسرها، والتزام رب العمل فى هذه الحالة مصدره قاعدة علم جواز الاثراء على حساب الغير إذ هو قد أفاد من عمل الفضولى ولا يتوقف الالتزام على ارادة رب العمل.
(جلسة ١٩٥٣/٢/١٢ الطعن ٣٥٠ سنة ٢٠ق س٤ ص٤٧٦)

الفضالة بقاعدة الإثراء. ذلك أن الفضولى بما أداه من مصلحة رب العمل قد تحمل تكاليف وتكبد نفقات وتجشم ضرراً، فله أن يسترد هذه التكاليف وأن يسترجع هذه النفقات وأن يعوض عن هذا الضرر. وهو يسترد ما غرمه كاملا، لا في حدود إثراء رب العمل فحسب. وفي هذا يتميز الفضولى عن المفتقر لمصلحة الغير، لأن الفضولى متفضل انصرفت نيته إلى تحقيق مصلحة لرب العمل كما قدمنا.

ونستعرض: (أولا) التزامات رب العمل الأربعة (ثانيا) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام، تتعلق بأهلية رب العمل، وبالأثر الذى يترتب على موت رب العمل أو موت الفضولى، وبتقادم هذه الالتزامات.

١ – التزامات رب العمل الأربعة

أ– الالتزام الأول: تنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عنه:

٨٩٣– رأينا أن الفضولى قد يعقد تصرفاً قانونياً بالنيابة عن رب العمل. فإذا كانت أركان الفضالة متوافرة فى هذه الحالة، فإن الفضولى يعتبر نائباً عن رب العمل. وهذه النيابة قانونية تقررت بنص فى القانون كما رأينا، بخلاف نيابة الوكيل عن الموكل فهى نيابة اتفاقية تقررت بعقد الوكالة.

وينبنى على ذلك أن العقود التى يبرمها الفضولى بالنيابة عن رب العمل ينصرف أثرها مباشرة إلى رب العمل، فى الحقوق التى أنشأتها وفى الالتزامات التى رتبتها، فيعتبر رب العمل هو الدائن فى هذه العقود أو المدين. وباعتباره مديناً يلتزم كما قلنا بتنفيذ الالتزامات التى رتبتها هذه العقود. ومن ثم نرى أن هذا الالتزام الأول إنما هو النتيجة المباشرة لفكرة النيابة التى تقوم عليها الفضالة[1].

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «يلتزم رب العمل أولا بالوفاء بما تعهد به الفضولى. وينبغى التفريق فى هذا الصدد بين فرضين: فإذا كانت هذه التعهدات قد تولى عقدها الفضولى باسم رب العمل بأن أضاف العقد إليه، التزم هذا مباشرة بمقتضى النيابة القانونية التى تنشأ عن الفضالة، وبهذا يصبح رأساً دائناً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولى». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٨٣).

هذا وقد خلطت محكمة الاستئناف المختلطة فى العهد الأول ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب عندما قضت بما يأتى: «الأوراق المالية التى جاء لها غوردون باشا سعرا إجبارياً فى أثناء حصار الخرطوم ليست أوراقاً تجارية بل هى أوراق نقدية حقاً. ولما كان إصدار الأوراق النقدية هو من حق الحكومة وحدها، ولم تفوض هذا الحق إلى غوردون باشا، فإن هذه الأوراق لا يحتج بها على الحكومة المصرية. ومع ذلك يجوز لحاملى هذه الأوراق الحسنى النية أن يطالبوا برد قيمتها إذا هم أثبتوا أنهم قدموا للحكومة أو لعملائها من المؤن والبضائع ما يساوى هذه القيمة». (استئناف مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص٢٢٤). والظاهر أن المحكمة طبقت فى هذه القضية قاعدة الإثراء بلا سبب وإن كانت لم تفصح عن ذلك. والصحيح هو ما قاله مارافان من أن غوردون باشا عندما أصدر هذه الأوراق النقدية كان يعمل باسم الحكومة المصرية، عن طريق الفضالة لأنه لم يتلق تفويضاً منها، فتصبح الحكومة المصرية مدينة مباشرة لحاملى هذه الأوراق لأن غوردون=

ب– الالتزام الثانى: تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها هذا باسمه شخصياً:

٨٩٤– قدمنا أن الفضولى قد يتعاقد باسمه شخصياً لمصلحة رب العمل فقد يتفق شخصياً مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل، فينشئ عقد المقاولة فى ذمة الفضولى التزامات نحو المقاول. فيلتزم رب العمل فى هذه الحالة أن يعوض الفضولى عن هذه الالتزامات. وإذا كان الفضولى هو الذى يؤديها للمقاول، فإنه يرجع بما يؤديه على رب العمل، مضافاً إليه الفوائد بالسعر القانونى (٤ فى المائة) من يوم أن أدى، ذلك أن الالتزامات التى أداها تعتبر نفقات ترد بفوائدها على ما سنرى.

كذلك الكفيل إذا كان فضولياً بالنسبة إلى المدين الأصلى، فكفله متطوعاً، لا مأموراً بالكفالة ولا منهياً عنها، يلتزم التزاماً شخصياً نحو الدائن أن يوفى له الدين إذا لم يوفه المدين الأصلى. فإذا أدى الدين للدائن، رجع بدعوى الفضالة على المدين بما أداه، مضافاً إليه المصروفات والفوائد القانونية[1].

جـ– الالتزام الثالث: رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر:

٨٩٥– النفقات الضرورية والنافعة: يلتزم رب العمل أن يرد للفضولى «النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها». فإذا قام الفضولى بترميم منزل رب العمل، فإنه ينفق فى ترميمه مصروفات ضرورية. وإذا ما جنى له محصولا يسرع إليه التلف، فإنه يدفع أجر الأيدى العاملة لجنى المحصول، وقد يرى من الخير أن يخزن المحصول تمهيداً لبيعه، فيدفع مصروفات التخزين، وهذه مصروفات نافعة تسوغها الظروف. كل هذه المصروفات الضرورية، والمصروفات النافعة التى سوغتها الظروف[2]، يرجع بها الفضولى على رب العمل. بل ويرجع بفوائد ما أنفق بالسعر القانونى (٤ فى المائة) من وقت الإنفاق، وفى هذا استثناء من القواعد العامة تقرر لمصلحة الفضولى، فإن الفوائد القانونية لا تستحق طبقاً لهذه القواعد إلا من وقت المطالبة

=باشا كان نائباً عنها فى هذا التصرف القانونى (أنظر مارافان المجلة العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص٣٠ – ص٣١).

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «أما إذا تعاقد الفضولى باسمه شخصياً، فإن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى رب العمل، فلا يصبح هذا دائناً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولى من الأغيار، وإنما ترجع حقوق العقد والتزاماته إلى الفضولى. ولكن رب العمل يلزم بتعويض عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٨٣). ويلاحظ أن العبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية «وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب» إنما يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب، لا أن التعويض يكون أقل القيمتين.

(٢) وقد قضت محكمة المنصورة الجزئية المختلطة بأن دعوى الفضالة تجعل للفضولى الحق فى أن يسترد المصروفات النافعة، ما دامت هذه المصروفات كانت نافعة وقت إنفاقها، حتى لو كان النفع الذى كان يتجم عنها لم يتحقق أو زال بعد تحققه (١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص٣١٧).

القضائية[1]. ويلاحظ أن المصروفات النافعة يجب ألا تكون فاحشة، فلا يجوز للفضولي أن يفرط في هذه المصروفات حتى لو كان النفع منها محققاً، بل يجب أن نقف في هذا الصدد عند حد معقول لا يثقل كاهل رب العمل عند الرجوع عليه بها[2].

ويلاحظ أن التزام رب العمل في رد النفقات إلى الفضولي يعدل التزام الموكل في رد النفقات إلى الوكيل. وقد قررت المادة ٧١٠ هذا الالتزام الأخير على الوجه الآتي: «على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الأنفاق،وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة».

٨٩٦- الأجر: ويدخل ضمن النفقات أجر الفضولي إذا كان العمل الذي قام به يدخل في أعمال مهنته. فالمحامي والطبيب والمهندس إذا قام أحد منهم بعمل من أعمال مهنته فضالة لمصلحة الغير استحق أجراً على عمله، فوق المصروفات التي أنفقها، هو الأجر المعتاد لمثله.

أما إذا كان الفضولي قد قام بعمل لا يدخل في أعمال مهنته، كطبيب رم منزل جار له، فإنه لا يأخذ أجراً على عمله، ويقتصر على استرداد المصروفات الضرورية والنافعة على النحو الذي قدمناه[3].

ويلاحظ أن الوكيل كالفضولي لا يستحق في الأصل أجراً على عمله. وهو كالفضولي أيضاً في أنه قد يستحق الأجر إذا كانت أعمال الوكالة داخلة في أعمال مهنته. ويختلف عن الفضولي في أنه قد يتفق مع الموكل على أجر، ولا يتصور هذا الاتفاق في حالة الفضولي مع رب العمل. وفي هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة

---

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأن للفضولي الحق في استرداد المصروفات التي اقتضتها أعمال إدارته، مضافا إليها الفوائد القانونية من وقت الإنفاق، أما في دعوى الإثراء فلا يسترد المدعي هذه المصروفات إلا في حدود ما انتفع به المالك، ولا يتقاضى فوائد عنها إلا من وقت المطالبة القضائية (٦ يناير ١٩١٧ جازيت٧ رقم ٩٠ ص٢٦٥).

(٢) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا آوى صاحب فندق عاملين جرحا في حادث وعالجهما، وقد مات أحدهما وشفي الآخر، جاز لصاحب الفندق أن يرجع على رب العمل بجميع نفقات المأوى والعلاج، دون تفريق بين نفقات من مات ونفقات من شفي، وليس لرب العمل أن يعتبر هذه النفقات مصروفات زائدة على الحد الواجب، وأن يطلب إنقاصها إلى القدر الجزافي الذي حدده قانون العمل الصادر في ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١-١-١٣٧- وأنظر أيضاً تعليقاً على الحكم في مجموعة كابيتان في الأحكام الرئيسية للقضاء المدني باريس سنة ١٩٥٠ ص٤٢٥ - ص٤٢٧).

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «والأصل أن الفضولي لا يستحق أجراً على عمله، إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل، إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولي من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطاق أعمال مهنته، كما هو الشأن في طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٨٣).

٧٠٩: «الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل».

د- الالتزام الرابع: تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه:

٨٩٧- قد يلحق الفضولي ضرر أثناء قيامه بالعمل؛ يطفيء حريقاً فيتلف أمتعة مملوكة له، ينقذ شخصاً موشكاً على الغرق فيصاب بضرر وهو ينقذه، يمسك بزمام فرس جامح فيصاب بجروح بليغة. فإذا كان الضرر الذي أصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه يبذل المألوف من العناية، وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه، فإنه يدخل ضمن التكاليف التي تجشمها أثناء القيام بعمله، ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه[1].

ويلاحظ أن حق الفضولي في تقاضي تعويض عما يصيبه من الضرر يعدل حق الوكيل في ذلك. وقد نصت المادة ٧١١ على أنه «يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً».

ويلاحظ أيضاً أنه إذا تعدد رب العمل، بأن قام فضولي مثلا بعمل لمصلحة شركاء على الشيوع، فلا تضامن بين أرباب العمل المتعددين في التزاماتهم نحو الفضولي، إذ لا تضامن دون نص. وقد ورد النص في تعدد الفضولي (م١٩٢ فقرة ٣)، وفي تعدد الوكيل (م٧٠٧)، وفي تعدد الموكل (م٧١٢)، ولم يرد في تعدد رب العمل. والعلة في ذلك أن أرباب العمل إذا تعددوا قل أن توجد بينهم علاقة تسوغ قيام التضامن.

٢- ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام
(أهلية رب العمل - الأثر الذي يترتب على موت رب العمل أو موت الفضولي- تقادم التزامات رب العمل

أ- أهلية رب العمل:

٨٩٨- لا تشترط أية أهلية في رب العمل. فمن لم يبلغ سن الرشد والمحجور عليه بل وغير المميز، إذا قام فضولي بعمل لمصلحتهم، التزموا نحوه بالالتزامات التي تقدم ذكرها.

---

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ويلزم رب العمل أخيراً بتعويض الفضولي تعويضاً عادلاً عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل. ويتحقق معنى العدالة في التعويض متى كان متناسباً مع ما لم يستطع الفضولي إنقاذه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية. ويقوم حق الفضولي في اقتضاء التعويض على ما يتمثل في الضرر الحادث له من إفقار» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٨٤).

وتطبيقاً لحق الفضولي في اقتضاء تعويض عن الضرر الذي يلحقه، قضت محكمة الاستئناف الوطنية لسائق قطار بذل جهداً غير عادي لاتقاء حادث، فأصابه على أثر ذلك اضطراب عصبي جعله غير صالح للخدمة، بأنه، علاوة على ما يستحقه من المكافأة طبقاً لقانون المعاشات بسبب فصله من الخدمة، يحق له بمقتضي المبدأ المقرر في المادة ١٤٤ من القانون المدني (م١٩٥ جديد) أن يتقاضى تعويضاً نظير الخسارة التي درأها عن مصلحة السكة الحديدية باتقائه حادثاً جسيماً للقطار وفي مقابل ما أصاب صحته من الضرر بسبب هذا العمل (٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٠ ص١٣٠ - الحقوق ٥٥ ص٩٩).

ذلك أن التزامات رب العمل مصدرها الإثراء بلا سبب كما قدمنا، وقد رأينا أن المثرى يلتزم برد ما أثرى حتى لو كان غير مميز. وترد الفقرة الثانية من المادة ١٩٦ هذا المعنى إذ تقول: «أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد»[1].

ويصح أن يكون رب العمل شخصاً معنوياً، كشركة أو جمعية أو مؤسسة أو جهة وقف.

ويلاحظ أن الفضولى إذا عقد تصرفاً قانونياً باسم رب العمل نيابة عنه، فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر فى رب العمل حتى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ب- أثر موت رب العمل أو موت الفضولى فى التزامات رب العمل:

٨٩٩- لم يرد نص يبين أثر موت رب العمل أو موت الفضولى فى التزامات رب العمل، كما ورد النص الذى يبين هذا الأمر فى التزامات الفضولى (م١٩٤). فيجب هنا تطبيق القواعد العامة، وتطبيقها يؤدى إلى النتائج الآتية:

إذا مات رب العمل فإن التزاماته تبقى فى تركته واجبة للفضولى، وعلى ورثة رب العمل أن يؤدوا هذه الالتزامات من التركة.

وإذا مات الفضولى، بقى رب العمل ملتزماً نحو ورثته. فيرد إليهم المصروفات الضرورية والنافعة وأجر الفضولى إذا استحق أجراً، ويعوضهم عن الالتزامات الشخصية التى عقدها الفضولى باسمه وعما لحق به من الضرر. وكل هذه الحقوق تدخل فى تركة الفضولى وتنتقل إلى ورثته بعد موته.

جـ- تقادم التزامات رب العمل:

٩٠٠- سبقت الإشارة إلى المادة ١٩٧، وهى تنص على سقوط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الفضولى بحقه، وبانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه حق الفضولى.

فالدعوى التى يرفعها الفضولى لمطالبة رب العمل بحقوقه، من استرداد المصروفات والتعويض والأجر وما إلى ذلك، تتقادم بأقصر مدتين: ثلاث سنوات من وقت علمه بقيام حقه أو خمس عشرة سنة من وقت قيام هذا الحق. وقد تتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة قبل تقادمها بثلاث سنوات إذا لم يعلم الفضولى بقيام حقه إلا بعد نشوء هذا الحق بأكثر من اثنتى عشرة سنة. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى مواطن متعددة.

أما فى الوكالة فلا تتقادم التزامات كل من الموكل والوكيل إلا بانقضاء خمس

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «أما ما يترتب من الالتزامات فى ذمة رب العمل فلا يقتضى فيه أهلية ما، فتصح النيابة القانونية من طريق الفضالة ولو كان الأصيل غير مميز. وفى هذه الصورة يلزم الأصيل بأداء ما تحمل الفضولى من نفقات وتعويض ما أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٨٧). ونلاحظ هنا أيضاً أن العبارة الأخيرة «بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب» يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب، لا أن التعويض يكون أقل القيمتين.

عشرة سنة من وقت نفاذ هذه الالتزامات، لأنها التزامات تعاقدية تقوم على إرادة المتعاقدين[1].

(١) وقد كنا نعقد المقارنة فى مناسبات متفرقة بين الفضالة والوكالة، وإذ فرغنا من الكلام فى الفضالة نلخص هذه المقارنة فيما يأتى:

تقترب الفضالة من الوكالة فى أن كلا منهما مصدر للنيابة، وفى أن الفضالة قد تنقلب إلى وكالة إذا أجيزت والوكالة تنتهى إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بقى يعمل بعد انتهاء الوكالة. ويختلفان فى أن مصدر الفضالة عمل مادى ومصدر الوكالة اتفاق، ومن ثم فالفضالة مصدر لنيابة قانونية، أما الوكالة فمصدر لنيابة اتفاقية. ويختلفان كذلك فى أن عمل الفضولى قد يكون تصرفاً قانونياً، وقد يكون عملاً مادياً. أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً.

هذا من حيث الأركان. أما من حيث الالتزامات التى تنشأ من الفضالة والوكالة فتقوم الفروق بينهما فيها على اعتبار جوهرى: هو أن رب العمل لم يختر الفضولى ولم يعهد إليه فى أن يقوم بعمل ما، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه فى أن يقوم بعمل وكله فيه. لذلك كانت التزامات الفضولى أشد قليلاً من التزامات الوكيل، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلاً من التزامات الموكل، وإن كانت كل هذه الالتزامات فى مجموعها متقاربة. ويظهر ذلك من التفصيل الآتى:

١- يلتزم الفضولى بالمضى فى العمل الذى بدأه. أما الوكيل فله بوجه عام حق الرجوع فى الوكالة.

٢- يلتزم الفضولى بإخطار رب العمل متى تمكن من ذلك، وهذا الالتزام غير متصور فى حالة الوكيل.

٣- يلتزم الفضولى ببذل عناية الرجل المعتاد، سواء أخذ أجراً أو لم يأخذ. أما الوكيل فيلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إذا أخذ أجراً، فإذا لم يأخذ أجراً فلا يلتزم إلا ببذل العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد (م٧٠٤).

٤- لا يعتبر الفضولى تابعاً لرب العمل. أما الوكيل فقد يعتبر تابعاً للموكل، فيكون هذا مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع.

٥- يرجع رب العمل مباشرة على نائب الفضولى، ولا يرجع نائب الفضولى مباشرة على رب العمل. أما الموكل ونائب الوكيل فيرجع كل منهما مباشرة على الآخر.

٦- إذا تعدد الفضوليون قام بينهم التضامن، ولا يقوم التضامن بين أرباب العمل إذا تعددوا. أما فى الوكالة فيقوم التضامن إذا تعدد الوكلاء أو تعدد الموكلون (م٧٠٧ وم٧١٢).

٧- يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به. وعليه، كما على الوكيل، فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها وفوائد ما تبقى فى ذمته من وقت أن يعذر.

٨- ينصرف أثر العقد الذى أبرمه الفضولى أو الوكيل باسم رب العمل أو الموكل، مباشرة إلى هذين.

٩- تتفق الفضالة والوكالة أيضاً فى أن الفضولى أو الوكيل يسترد ما تكلفه من التزامات ومصروفات، ويعوض عما أصابه من ضرر، ويتقاضى فوائد ما أنفق من وقت الإنفاق. ولكن قد يكون حق الفضولى فى استرداد المصروفات النافعة التى سوغتها الظروف أضيق قليلا من حق الوكيل فى استرداد ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد - كذلك فى الأجر يأخذ الوكيل أجراً إذا اتفق على ذلك مع الموكل أو إذا دخلت الوكالة فى أعمال حرفته، أما الفضولى فلا يأخذ أجراً إلا إذا دخلت الفضالة فى أعمال حرفته ولا يتصور فى حالته الاتفاق على الأجر.

١٠- أهلية الفضولى تتراوح بين التمييز والأهلية الكاملة على تفصيل يختلف فيه عن الوكيل. ورب العمل يختلف عن الموكل فى الأهلية، إذ لا يشترط فيه أهلية ما ويشترط فى الموكل أهلية التصرف الذى وكل فيه.

١١- موت الفضولى يقضى الفضالة، ولا يقضيها موت رب العمل، أما الوكالة فتنقضى بموت كل من الوكيل والموكل.

١٢- قد تنقضى الالتزامات الناشئة عن الفضالة بأقل من خمس عشرة سنة. أما الالتزامات الناشئة عن الوكالة فلا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة.

تمهيد

٩٠١- النصوص القانونية: تنص المادة ١٩٨ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها»(١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى نظرته العامة فى هذا الصدد ما يأتى: «أوجز المشروع إيجازاً بيناً فيما يتعلق بالالتزامات التى تصدر عن نص القانون مباشرة. وقد حداه على ذلك ما هو ملحوظ فى ترتيب هذه الالتزامات وتنظيمها. فكل التزام منها يتكفل ذات النص المنشئ له بتعيين مضمونه وتحديد مداه. فمرجعها جميعاً أحكام التشريعات الخاصة بها»(٢).

٩٠٢- كيف يكون القانون مصدرا مباشرا للالتزام: كل التزام مصدره القانون. فالالتزام المترتب على العقد، والالتزام المترتب على العمل غير المشروع، والالتزام المترتب على الإثراء بلا سبب، كل هذه التزامات مصدرها القانون، لأن القانون هو الذى جعلها تنشأ من مصادرها، وحدد أركانها، وبين أحكامها. ولكن هذه الالتزامات لها مصدر مباشر، هو الذى رتب عليه القانون إنشاءها. فقد جعل القانون الالتزام ينشأ من مصادر مباشرة ثلاثة: (١) تطابق إرادتين: فكل اتفاق بين المدين والدائن على إنشاء التزام، فى الحدود التى بينها القانون، ينشئ هذا الالتزام. ويكون مصدره المباشر هو العقد، والقانون مصدره غير المباشر. (٢) عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير: فكل خطأ يصدر من شخص،

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها. ٢- ولا تشترط أية أهلية فى هذه الالتزامات، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم الحاجة إليها، وأصبح النص رقمه المادة ٢٠٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رؤى مبدئياً أن الحكم الذى تضمنه النص لا لزوم له فهو تحصيل حاصل، ولكن اللجنة لم تقطع فى ذلك برأى بات. وفى جلسة أخرى وافقت اللجنة على النص كما هو، وأصبح رقمه ١٩٨. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٩٠- ص٤٩٣).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: «كل التزام أيا كان مصدره المباشر يرجع إلى القانون، باعتباره المصدر الأخير للالتزامات والحقوق جميعاً. فمن الالتزامات ما يكون مصدره المباشر تصرفاً قانونياً أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب، ويرد فى مصدره الأخير إلى القانون. ومنها، على نقيض ذلك، ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير فى آن واحد. ويراعى أن القانون يعتبر فى هذه الصورة مصدراً وحيداً يتكفل بإنشاء الالتزام رأساً، ويتولى تعيين مداه وتحديد مضمونه. وقد ساق التقنين اللبنانى فى معرض التمثيل للالتزامات التى تصدر عن نص القانون التزامات الجوار والالتزام بالإنفاق على بعض الأصهار. وقد تقدم أن التزامات الفضولى، فيما يتعلق بالمضى فى العمل والعناية المطلوبة وتقديم الحساب، وكلها ينشئها القانون رأساً، وينفرد بذلك دون سائر مصادر الالتزام». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٩٢).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٩٠.

ويلحق ضرراً بشخص آخر، يلزم من ارتكب الخطأ بتعويض الضرر. ويكون المصدر المباشر للالتزام بالتعويض هو العمل غير المشروع، والقانون مصدره غير المباشر. (٣) إثراء بلا سبب: فكل إثراء أصابه شخص نتيجة مباشرة لافتقار شخص آخر، ولم يكن للإثراء مصدر قانوني يستند إليه، يلزم المثرى بتعويض المفتقر. والمصدر المباشر للالتزام بالتعويض هنا هو الإثراء دون سبب، والقانون مصدره غير المباشر.

ويلاحظ فى هذه المصادر المباشرة للالتزام – العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب – أن القانون اختار عملا قانونياً، هو العقد، وعملين ماديين، هما العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب، وجعل هذه الأعمال الثلاثة مصادر عامة للالتزام. فمتى قام عمل منها نشأ الالتزام، دون تمييز بين حالة وحالة. فالعقد مصدر عام للالتزام، سواء كان العقد بيعاً أو هبة أو قرضاً أو إيجاراً أو عارية أو وكالة أو غير ذلك من العقود المسماة وسواء كان العقد مسمى أو غير مسمى، وأياً كان الالتزام الذى ينشأ من عقد معين. ولم يخص القانون حالة دون حالة فى جعله العقد مصدراً للالتزام. والعمل غير المشروع مصدر عام للالتزام، يستوى فى ذلك أن يكون هذا العمل حادثاً من حوادث النقل، أو حادثاً من حوادث العمل، أو خطأ فى أعمال المهنة، أو عملا يخل بالشرف والاعتبار، أو منافسة غير مشروعة، أو تعسفاً فى استعمال الحق، أو غير ذلك من الأعمال غير المشروعة. ولم يجعل القانون العمل غير المشروع مصدراً للالتزام فى حالات دون أخرى، بل جعله مصدراً عاما يتناول جميع هذه الحالات. والإثراء دون سبب مصدر عام للالتزام، لا فرق فى ذلك بين إثراء إيجابى وإثراء سلبى، ولا بين افتقار إيجابى وافتقار سلبى، ولا بين قيمة مادية وقيمة معنوية، ولا تمييز بين القاعدة العامة وتطبيقاتها الخاصة من دفع غير المستحق وعمل الفضولى. ولم يقصر القانون الإثراء دون سبب كمصدر للالتزام على حالة من هذه الحالات دون حالة، بل عممه عليها جميعاً، وجعله فيها كلها مصدراً للالتزام.

وإلى جانب هذه المصادر المباشرة يختار القانون حالات خاصة، ويرتب فى كل حالة منها التزاماً، يستند حقاً إلى عمل قانونى أو إلى عمل مادى، ولكن يستند إليه لا كمصدر عام ينشئ الالتزام فى هذه الحالة وفى غيرها من الحالات – كما فعل فى المصادر المباشرة – بل كواقعة تنشئ الالتزام فى هذه الحالة وحدها دون غيرها. وهنا إذا قيل إن العمل القانونى أو العمل المادى هو مصدر الالتزام فى هذه الحالة الخاصة كان هناك شئ من التجوز، فالواقع أن القانون ذاته هو المصدر المباشر لهذا الالتزام، إذ أنشأه، لا عن طريق نص عام بل بنص خاص عين هذه الحالة بالذات، وحدد نطاقها، ورسم مداها، ورتب عليها حكمها. فالنص القانونى – لا العمل القانونى ولا العمل المادى – هو المصدر المباشر للالتزام[١](1).

(١) ففى الالتزامات ذات المصادر المباشرة يكون المصدر المباشر هو المصدر الأول للالتزام، ثم يأتى القانون بعد ذلك مصدراً غير مباشر. أما فى الالتزامات القانونية، فالقانون هو المصدر الأول والآخر. والنص القانونى هو الذى ينشئ الالتزام مباشرة دون أن يستند فى إنشائه إلى واقعة أخرى كمصدر مباشر. =

فعل القانون ذلك فى بعض الوقائع المادية وفى بعض الأعمال القانونية، فعين حالات خاصة، بعضها يستند إلى واقعة مادية وبعضها يستند إلى عمل قانونى، وأنشأ فى هذه الحالات التزامات قانونية هو مصدرها المباشر. أما الحالات الخاصة التى تستند إلى واقعة مادية، فمنها التزامات الأسرة والتزامات الجوار والتزامات الفضولى والتزام حائز الشئ بعرضه إذا كان محلا للنزاع[١]. وأما الحالات التى تستند إلى عمل قانونى، فهذه كلها تستند إلى الإرادة المنفردة (volonté unilatérale)، كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة[٢].

= ونرى من ذلك أن القانون يستبقى وصايته على بعض الوقائع التى تكون مصدراً للالتزام، فيمسك بزمامها، ولا يرتب الالتزام على ما يختاره منها إلا بالنص. وهو فى الوقت ذاته يحرر بعض الوقائع من هذه الوصاية، فيجعلها مصادر عامة للالتزام، وهذه هى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب.

(1) أ– القانون – وليس العمل غير المشروع – هو مصدر الالتزام بالتعويض عند الاستيلاء على العقار دون اتباع الاجراءات القانونية لنزع الملكية للمنفعة العامة، ولا ينال من ذلك أن محكمة النقض قد وصفت هذا الاستيلاء فى بعض أحكامها بأنه يعتبر بمثابة غصب إذ أن ذلك كان بصدد تحديد الوقت الذى تقدر فيه قيمة العقار لبيان مقدار التعويض الذى يستحقه مالكه.
(جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧ الطعن ٦٣١ سنة ٤٣ق س٢٧ ص١٠٦٧).
ب– مسئولية الادارة عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون لا تنسب إلى العمل غير المشروع وانما تنسب إلى المصدر الخامس من مصادر الالتزام وهو القانون باعتبار هذه القرارات تصرفات قانونية وليست أعمال مادية ومن ثم فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادى.
(جلسة ١٩٦٣/٤/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص٥٢٠).
جـ– علاقة الموظف بالدولة رابطة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها بشأن الوظيفة ويعتبر مصدر التزام الموظف بتلك القواعد هو القانون مباشرة فيسأل الموظف عن اخلاله بهذا الالتزام.
(جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص٩١٤).
د– مسئولية أمناء المخازن وجميع ارباب العهد عما فى عهدتهم من موظفى الدولة، لا تنسب إلى العمل غير المشروع بل تنسب إلى القانون الذى أنشأها.
(جلسة ١٩٧٧/٤/١٩ الطعن ٤٢ لسنة ٤٠ق س٢٨ ص٩٨٢).
هـ– علاقة مجلس الشعب باعضائه رابطة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها فى هذا الشأن. قواعد اسقاط عضوية أحد أعضائه وردت مع ضوابطها فى المادة ٩٤ من دستور ١٩٦٤ والذى تمت اجراءات اسقاط عضوية الطاعن فى ظله وفى المادة ٤٢ من القانون ١٥٨ لسنة ١٩٦٣ فى شأن مجلس الشعب كما تضمنته لائحة المجلس واجراءات اسقاط العضوية اعمالا للمادة ٩٤ من الدستور بما يوجب الالتزام بتلك القواعد، ويترتب على اخلال المجلس بالالتزام بها، إذا ما أضير به عضو المجلس – مسئوليته عن تعويضه مسئولية مصدرها القانون طبقا للقواعد العامة وبغير حاجة إلى نص خاص يقرر ذلك.
(جلسة ١٩٩٧/٦/١٧ الطعن ٣١٨٩ لسنة ٥٨ق)
(جلسة ١٩٧٣/١٢/١١ الطعن ٨٩ لسنة ٣٨ق)
(جلسة ١٩٧١/٤/٢٠ الطعن ١٧٨ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص٤٩٥ ع٢)

(١) أنظر المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد، وقد حذفتها لجنة المراجعة، وسنعود إليها فيما يلى. هذا ويلاحظ أن التزامات رب العمل، بخلاف التزامات الفضولى، لها مصدر عام هو الإثراء بلا سبب.

(٢) وسنرى فيما يلى أن الالتزامات التى تنشأ عن الإرادة المنفردة فى القانون المدنى الجديد هى التزامات=

ويستخلص من ذلك أمران: (أولا) أن القانون هو مصدر مباشر لبعض الالتزامات. ومن ثم لا سبيل إلى تحديد هذه الالتزامات القانونية إلا بالنص. فالنص القانوني وحده هو الذى ينشئ هذه الالتزامات، وهو مصدرها الوحيد. (ثانياً) والنص وحده هو أيضاً الذى يتكفل بتعيين أركان الالتزام القانوني وببيان أحكامه.

ونبحث كلا من هاتين المسألتين.

المبحث الأول

النص هو الذى ينشئ الالتزام القانونى

٩٠٣- هل هناك سياسة تشريعية توخاها القانون فى إنشاء الالتزامات القانونية: رأينا أن المصدر المباشر للالتزامات القانونية هو القانون ذاته، فلا توجد وسيلة إلى معرفة الالتزامات القانونية وتحديدها إلا الرجوع إلى النصوص القانونية. فأينما نجد نصاً ينشئ التزاماً، فثم التزام قانوني.

وقد يبدو أن الالتزامات القانونية، وقد وكل أمر إنشائها إلى النصوص، تخلقها هذه النصوص تحكماً، دون أن تكون هناك فى إنشائها سياسة مرسومة. فحيث يستحسن المشرع إنشاء التزام قانوني، أنشأ هذا الالتزام بنص تشريعي.

وهذا هو الظاهر. ولكن الواقع من الأمر أن المشرع يخضع فى إنشاء الالتزامات القانونية، كما يخضع فى إنشاء سائر العلاقات القانونية، إلى سنن طبيعية يطيعها عن شعور أو عن غير شعور.

ونبين كيف يخضع المشرع لهذه السنن الطبيعية فى إنشاء الالتزامات القانوني.

المطلب الأول

الالتزامات القانونية التى تستند إلى الوقائع المادية

٩٠٤- الالتزامات السلبية: بديهى أن الإنسان يلتزم بإرادته فى الحدود التى يسمح بها القانون. فالالتزام الإرادى لا عناء فى تبريره. وحيث يوجد التزام لا يقوم على الإرادة، فالقانون هو الذى أوجده.

والقانون فى إنشائه للالتزامات غير الإرادية يدخل فى حسابه اعتبارات أدبية واجتماعية. ولكنه لا يستطيع أن ينقاد لهذه الاعتبارات وحدها، بل يجب عليه أن يراعى اعتبارات أخرى فى الصياغة القانونية، أهمها أنه لا يستطيع أن يصوغ التزاماً مبهماً غير محدد، أيا كانت المبررات الأدبية والاجتماعية لإنشائه. فهو لا يستطيع مثلا أن ينشئ

= أنشأتها نصوص خاصة، فهى التزامات قانونية. ولم ترق الإرادة المنفردة فى القانون الجديد إلى أن تكون مصدراً عاماً للالتزام، بالرغم من إفراد فصل خاص لها.

التزاماً إيجابياً يفرض على كل شخص أن يساعد غيره أو أن يغيثه عند الحاجة. مثل هذا الالتزام غير المحدد مقضى عليه أن يبقى فى دائرة الآداب والاجتماع. ويتناول القانون فى رفق بعض نواحيه، فيبرز منها ما يتمكن من تحديده، ويصوغه التزامات قانونية، فينتقل بذلك من عالم الأخلاق والاجتماع إلى عالم القانون.

وأول ما استطاع القانون أن يفعل ذلك كان فى الالتزامات السلبية، لأنها أسهل تحديداً وأخف عبئاً وأظهر حاجة. فأوجد التزامين قانونيين أخذ بهما الناس كافة. قال فى الأول منهما: لا تضر بالغير دون حق، فوجد العمل غير المشروع مصدراً عاماً للالتزام. وقال فى الثانى: لا تثر على حساب الغير دون سبب، فوجد الإثراء دون سبب مصدراً عاماً آخر.

وهنا وقف القانون ، ولم يستطع أن يخطو خطوة ثالثة ليضع قاعدة عامة كالقاعدتين الأوليين. ذلك أنه كان يقرر فى هاتين القاعدتين التزامات سلبية. فإذا هو خرج من المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية، ومن النهى عن الإضرار والإثراء إلى الأمر بالمعاونة والمساعدة، فثم العسر والتحكم، إذ تختلط الحدود، وتبهم الضوابط.

٩٠٥- الالتزامات الايجابية: على أن القانون لم يسعه أن يقف عند هذه الحدود السلبية، بل تقدم إلى المنطقة الإيجابية ولكن فى كثير من الأناة. وإذا كان قد استطاع كما قدمنا أن يقول فى عبارة عامة: لا تضر بالغير، ولا تثر على حساب الغير، فإنه لم يستطع أن يقول: ساعد الغير، فى عبارة لها ذات العموم والشمول. قال: ساعد الغير، ولكن فى مواطن معينة رسم حدودها وأحكم ضوابطها.

فبدأ بمن ساعد الغير فعلا من تلقاء نفسه – الفضولى – وقال له عليك أن تمضى فى عملك ما دمت قد بدأته، وعليك أن تبذل فيه عناية محمودة، وعليك أن تقدم عنه حساباً. هذه هى الالتزامات القانونية التى ترتبها النصوص فى ذمة الفضولى، ومصدرها القانون كما سبق أن قررنا.

ثم سار خطوة أوسع، وأوجب مساعدة الغير ابتداء. ولكنه لم يستطع أن يرسم فى ذلك التزامات محددة إلا فى نطاق محدد: نطاق الأسرة وأفرادها يتصل بعضهم ببعض أوثق الاتصال، ونطاق الجيران والصلة فيما بينهم قائمة موطدة، ونطاق أصحاب المهنة، ونطاق الجمعيات والنقابات، بل ننظر فى حالات نادرة إلى الأمة كجماعة واحدة وأوجب على أفرادها التزامات قانونية نحو المجموع أى نحو الدولة.

أما فى نطاق الأسرة، فقد أنشأ التزامات قانونية مختلفة. من ذلك التزامات الزوجية، والالتزامات ما بين الأبوين والأبناء، والالتزامات المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة، والالتزام بالنفقة، وغير ذلك من التزامات الأسرة. وكلها تقوم على التضامن الواجب فيما بين أفرادها.

وأما فى نطاق الجوار، فهناك التزامات سلبية، كوجوب الامتناع عن إحداث مضار فاحشة للجيران، وعدم الإطلال على الجار من مسافة معينة. وهناك التزامات إيجابية،

كالتزام الجار نحو جاره فى الشرب والمجرى والمسيل والمرور، وكالالتزامات التى تنشأ بسبب الحائط المشترك والحائط الذى يستتر به الجار، وكالالتزامات التى تنشأ بسبب ملكية الطبقات فى المبنى الواحد.

وفى نطاق المهنة، أوجد القانون فى ذمة رب العمل نحو عماله فى تعويضهم عن مخاطر العمل، وأوجد فى ذمة أصحاب المهنة الواحدة التزامات نحو عملائهم فيحتفظون بأسرار المهنة ويبادرون إلى إسعاف من يحتاج إلى معونتهم، وينخرطون فى سلك هيئة واحدة.

وفى نطاق الجمعيات والنقابات، أنشأ التزامات مختلفة فى ذمة أعضاء هذه الجمعيات والنقابات تقوم على التعاون فيما بينهم.

ونظر القانون إلى الأمة كجماعة واحدة، فأنشأ التزامات فى ذمة أفرادها نحو الدولة، أهمها الالتزام بدفع الضرائب.

والقانون فى كل ما قدمناه يتوخى سياسة واحدة: لا ينشئ التزاماً قانونياً إلا وهو يقوم على التضامن الاجتماعى، ثم يكون هذا الالتزام محدد المعالم، معروف المدى، منضبط الحدود. وقد ترك التعميم إلى التخصيص مذ جاوز النطاق السلبى إلى النطاق الإيجابى، فانتقل من الالتزامات العامة التى يكون مصدرها المباشر واقعة مادية، إلى التزامات قانونية محددة تقوم مباشرة على نصوص قانونية خاصة.

المطلب الثانى

الالتزامات القانونية التى تستند إلى الإرادة المنفردة(*)

٩٠٦- هل تستطيع الارادة المنفردة أن تنشئ التزاما[1]: رأينا فيما تقدم أن العقد، وهو نطاق إرادتين، يعتبر مصدراً عاماً للالتزام، فما هى قيمة الإرادة المنفردة، وهل تستطيع أن تنشئ التزاماً؟ وإذا كانت تنشئ الالتزام، فهل هى كالعقد مصدر عام للالتزام، أو أن القانون يقتصر على الاستناد إليها لإنشاء التزامات قانونية محدودة بمقتضى نصوص قانونية خاصة؟

(*) **بعض المراجع فى الإرادة المنفردة**: ديموج فى الالتزامات١ فقرة ١٨ وما بعدها - سالى الالتزامات فقرة ١٣٨ - فقرة ١٤٤- ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ - جيهير (Guihaire) رسالة من رن سنة ١٩٠١ - إلياس (Elias) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - تالانديه (Tallandier) رسالة من تولوز سنة ١٩١٢ - كولدبرج (Coldberg) رسالة من نانسى سنة ١٩١٣ - ماريسكو (Maresco) رسالة من باريس سنة ١٩١٥- تارد (Tarde) فى تطورات القانون ص١١٩ وما بعدها - ديجيه (Duguit) فى تطورات القانون الخاص - نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨٠ - فقرة ١٩٦ - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٧٥- فقرة ٧٨- الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٠٤ - فقرة ٤١٤.

(١) ننقل ما يلى عن نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨٠- فقرة ١٨٥.

لاشك فى أن الإرادة المنفردة، وهى عمل قانونى صادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral)، تنتج آثاراً قانونية مختلفة. فقد تكون سبباً لكسب الحقوق العينية كالوصية، وسبباً لسقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق رهن، وقد تثبت حقاً شخصياً ناشئاً عن عقد قابل للإبطال كالإجازة، وقد تجعل عقداً يسرى على الغير كالإقرار، وقد تنهى رابطة عقدية كعزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة. أما بالنسبة إلى إنشاء الحق الشخصى (الالتزام) أو إسقاطه، فالإرادة المنفردة فى القانون المدنى تسقط الحق الشخصى بالإبراء (م٣٧١)، ويبقى أن تعرف هل هى أيضاً تنشئ الحق الشخصى؟ وقبل أن نعالج هذه المسألة فى القانون المدنى الجديد، نستعرض فيها نظريتين متعارضتين.

فالنظرية الفرنسية تذهب إلى أن الالتزام الذى يتولد عن عمل قانونى لا يكون مصدره إلا عقداً أى توافق إرادتين، أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً. وهذه قاعدة ورثها القانون الفرنسى من تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم، وأصبحت من القواعد المتفق عليها فقها وقضاء فى فرنسا[1] وفى مصر فى عهد القانون القديم[2]. ولكن نظرية ألمانية ذهبت إلى أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً. وعلى رأس القائلين بهذه النظرية من الفقهاء الألمان سيجل (Siegel). فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الجرمانى تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام، فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر، ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه. وقد انتصر لهذه النظرية غير سيجل من الفقهاء الألمان كثيرون[3]، وساير الفقهاء الألمان بعض الفقهاء الفرنسيين[4].

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٨ ص٣٦ - ص٣٧ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٢ - لوران ١٥ فقرة ٤٦٥ - ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٥- بيدان فى الالتزامات فقرة ٥٨. محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٨ -١-٤٠٤.

(٢) والتون١ ص١٧ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨١ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٠١ - وفى ٩ يونية سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٣٢٢ - وفى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص٣٢.

(٣) أنظر جاكوبى (Jacobi) وكونتس (Kuntze) وكبن (Koppen) ومانزمان (Mannesmann) وهولتسندوف (Holzendroff) فى المراجع المشار إليها فى نظرية العقد للمؤلف ص١٨٦ هامش رقم ١.

(٤) أنظر تارد (tarde) فى تطورات القانون ص١٢٠ - ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٨ ص٥٥ و٢ فقرة ٥٥٣ ص١٣٦ - كولان وكابيتان٢ ص٢٧١ - ص٢٧٢ - ورمز فى رسالته الإرادة المنفردة باريس سنة ١٨٩١.

والأستاذ ورمز هو من أسبق الفقهاء الفرنسيين إلى نشر نظرية الإرادة المنفردة فى فرنسا، إلى جانب الأستاذ سالى الذى تولى نشر النظريات الألمانية فى كتابيه المعروفين، الالتزامات فى القانون الألمانى والإعلان عن الإرادة. وقد تشيع الأستاذ ورمز لنظرية الإرادة المنفردة أكبر تشيع، وهو يرى أن التطور التاريخى للارادة، باعتبارها منشئة للالتزام، يدل على أنها تخلصت تدريجاً من الأوضاع التى كانت تحوط بها، وأن لها أن تتخلص من ذلك جملة واحدة، فلا تبقى على اشتراط توافق إرادتين لإنشاء الالتزام، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من الشكلية لا يزال باقياً، فإذا قضينا عليه أصبحت الإرادة =

ويستند أنصار النظرية الألمانية إلى الحجج الآتية: (١) القول بضرورة توافق إرادتين لإنشاء التزام يسد الباب دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها صدر القانون. فلا يمكن بغير الإرادة المنفردة أن نفسر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بعرض يقدمه للجمهور، أى لغير شخص معين. وقد يكون الدائن غير موجود فى الحال ولكنه سيوجد فى المستقبل، أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته، ففى كل هذه الفروض، وهى فروض تقع كثيراً فى العمل، لا يمكن القول بوجود الالتزام فى ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين، فالقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج. (٢) من الصعب أن تتوافق إرادتان توافقاً تاماً، ولا يمكن التثبت من توافقهما إلا إذا تعاصرتا فى لحظة واحدة، وهذا مستحيل فى التعاقد بالمراسلة. بل هو أيضاً مستحيل حتى إذا وجد المتعاقدان فى مجلس واحد، فإن أحد المتعاقدين لابد أن يسبق الآخر فى إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب، ثم يتلوه الآخر فيظهر القبول. فالإيجاب والقبول يتعاقبان، فإذا أردنا التأكد من أنهما يتعاصران فيتوافقان، فلابد من أن نفرض أن من صدر منه الإيجاب قد ثبت على إيجابه حتى اقترن بالإيجاب القبول، وهذا محض فرض نأخذ به كما نأخذ بإرادة مفروضة نزعم أنها هى الإرادة الباطنة. والأولى أن نتجنب هذه الفروض وأن نواجه الحقيقة كما هى، فالملتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة الدائن، فهو يوجد حقاً فى ذمته لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته، ورضاء الآخر بهذا الحق هو مجرد انضمام **(adhésion)** تطلبناه حتى لا يكسب الدائن حقاً دون إرادته. وقد لا تتوافق الإرادتان ومع ذلك يوجد العقد، كما إذا عدل الموجب عن إيجابه وكان الطرف الآخر قد صدر منه القبول قبل أن يعلم بعدول الطرف الأول. (٣) ثم إنه ليس فى المنطق القانونى ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته. فالإنسان حر فى أن يقيد نفسه فى الدائرة التى يسمح بها القانون، بل إن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذاً منه فى نظرية توافق الإرادتين، إذ الإرادة المنفردة تصبح قادرة وحدها على إيجاب الالتزام، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها. أما القول بوجوب توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغابرة التى كانت تحد من سلطان الإرادة، فقديماً كانت الإرادة لا توجد أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة، ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم إلا النادر، وأصبحت الإرادة هى التى توجد الأثر القانونى الذى تتجه إليه، فالواجب أن نصل فى هذا

=المنفردة كافية لإنشاء الالتزام. والدليل على أن الإرادة الواحدة هى التى تولد الالتزام أن من صدر منه الإيجاب إذا عدل عن إيجابه ولم يصل ذلك إلى علم الطرف الآخر قبل أن يقبل، فإن العقد يتم رغماً من عدول الموجب وعدم توافق الإرادتين، ولا يمكن تفسير ذلك إلا بأن الإيجاب، وهو إرادة منفردة، ملزم بذاته (رسالة الأستاذ ورمز ص١٦٥ وص١٧٩). ويقول أيضاً إنه متى سلمنا بأن الإرادة المنفردة تكون مصدراً للالتزام، فلا معنى لعدم الأخذ بهذا المذهب فى العقد ذاته، لأنه إذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاما، فلماذا لا تستطيع أن تكون هى وحدها مصدر الالتزام إذا اقترنت بإرادة أخرى، فهل يمكن أن تكون الإرادة المقترنة بإرادة أخرى أضعف من الإرادة المنفردة! (أنظر رسالة الأستاذ ورمز ص٩٣).

التطور إلى غايته المنطقية، وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى. على أننا نتطلب رضاء الدائن حتى لا يكسب حقاً بالرغم منه، ولكن هذا الرضاء لا يوجد الالتزام، بل إن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين.

ويعترض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية بما يأتى: (١) أن نظرية الإرادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح، لأنه إذا أمكن فهم أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة، فلا يمكن أن يفهم كيف أن الدائن يصبح دائناً دون إرادته. فإذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن، فما معنى هذا الالتزام وما قيمته؟ وإذا قيل إنه لابد من إرادة الدائن حتى يصبح دائناً، فهذا هو توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد. (٢) يقضى المنطق ذاته بعدم التسليم بنظرية الإرادة المنفردة. فإنه إذا قيل إن للإرادة المنفردة هذا السلطان، وإن فى مكنتها أن تولد التزاماً، وجب القول أيضاً إنها تستطيع أن تقضى هذا الالتزام، وما تستطيع الإرادة وحدها أن تعقده وحدها أن تحله. وبهذا يصبح التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقاً على محض إرادته، فيكون التزاماً منحلاً. (٣) على أن نظرية الإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة. فهى تفترض دائماً أن أحد المتعاقدين وزن الأمر قبل التعاقد، وبت فيه بقرار نهائى، وأعلن طفرة عن إرادته، ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل أو يرفض. مع أن الأمر غير ذلك. فالذى يقع فى العمل عادة أن المتعاقدين يتفاوضان، وما يزالان فى أخذ ورد لا يستقل أحدهما بالأمر دون الأخر، وكل إرادة تؤثر فى الأخرى وتعدل من اتجاهها، حتى تتوافق الإرادتان، وعند ذلك يتم العقد. ومن هذا نرى أن إرادة الطرف الآخر ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول، بل كثيراً ما تؤثر فيها ويتفاعلان حتى ينتج من تفاعلهما إرادة متحدة هى العقد، فكلتا الإرادتين اشتركت فى تكوين الالتزام، ولم تستقل إحداهما بذلك كما يزعم أنصار نظرية الإرادة المنفردة.

والآن بعد أن استعرضنا حجج الفريقين، نقف قليلا لتقدير مبلغ ما فى نظرية الإرادة المنفردة من صحة. ونبدأ بملاحظة أن الاعتراضات التى يتقدم بها خصوم النظرية لا تصل من الخطر إلى حد أن تدك قواعدها. أما أن الدين لا يوجد دون دائن، فقد قدمنا أن النظرية المادية تنظر إلى الالتزام كقيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية، ويترتب على هذا النظر أنه يمكن تصور دين دون دائن ما دام المدين موجوداً وقت نشوء الدين وما دام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد قبل ذلك. أما القول بأنه إذا صح للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً صح لها أيضاً أن تقضيه، فهذا خلط بين أثر الإرادة فى العالم النفسى وأثرها فى الروابط الاجتماعية. فإن الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها، ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها، فوجب احترام هذه الحالة التى أوجدتها الإرادة، ولا يجوز عندئذ العدول إذا ترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة، فالإرادة المنفردة إذا عقدت التزاماً وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل. يبقى الاعتراض الثالث، وهو أن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتان وتؤثر إحداهما فى الأخرى. وهذا صحيح من الناحية النفسية أيضاً، أما من الناحية الاجتماعية فمن الممكن أن نميز مرحلة تنتهى

عندها هذه المفاوضات ويدخل الإيجاب في دوره النهائي ويصبح إيجاباً باتاً، ولاشك في أن هذا الإيجاب البات قد أثرت فيه عوامل مختلفة قبل أن يصبح كذلك، ومن أهم هذه العوامل إرادة الطرف الآخر، ولكن لاشك أيضاً في أنه بعد أن أصبح إيجاباً باتاً صار منسوباً لإرادة من صدر منه ما دام قد ارتضاه في النهاية، وعند ذلك يتحقق أن يكون أحد الطرفين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها. هذا إلى أن هناك أحوالا كثيرة تقع في العمل، يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب بات لا تسبقه مفاوضات، ومن ذلك ما يجرى في عقود الإذعان.

فنحن لا نرى فيما تقدم من الاعتراضات على النظرية الألمانية ما يصلح لهدمها. ولكننا مع ذلك لا نعتقد أن الفرق كبير من الناحية العملية بين النظريتين الألمانية والفرنسية. ذلك أن الأساس المنطقي للنظرية الألمانية هو أن الإرادة قادرة على إلزام صاحبها ما دام يلتزم في دائرة القانون، ولا حاجة لأن تقترن إرادة الدائن بإرادة المدين حتى ينشأ الالتزام. ونحن لا نرى لماذا لا يكون هذا صحيحاً لا من الناحية المنطقية فحسب، بل من الناحية القانونية أيضاً. وما دام القانون قد وصل في تطوره إلى أن يجعل للإرادة سلطاناً في إيجاد الآثار القانونية، فلماذا يقف سلطان الإرادة دون إنشاء الالتزامات! يستطيع المدين إذن أن يلتزم بإرادته المنفردة، ولكنه يستطيع أيضاً، وطبقاً لسلطان الإرادة ذاته، أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة ما دامت هذه الإرادة لم تولد ثقة مشروعة. فالالتزام الذى يعقده المدين بإرادته التزام محلول. وإلى هنا لا يوجد فرق كبير بين النظريتين الألمانية والفرنسية. فالنظرية الأولى ترى المدين قد أوجد التزاماً بإرادته المنفردة ولكنه التزام ينحل عنه في أى وقت شاء، والنظرية الثانية ترى المدين لم يوجد بإرادته المنفردة أى التزام. ولا يوجد فرق عملي بين التزام غير موجود والتزام موجود ولكن يمكن التحلل منه. بقى أن النظرية الألمانية لا تسمح للملتزم بإرادته المنفردة أن يتحلل من التزامه إذا ولدت إرادته ثقة مشروعة لا يجوز الإخلال بها. وهذا لا يتحقق إلا إذا فرضنا أن إرادة المدين قد ولدت عنه شخص معين، هو الدائن، ثقة مشروعة جعلته يطمئن إلى العمل بمقتضى هذه الإرادة. فإذا تحقق هذا الفرض، وألزمت النظرية الألمانية المدين بإرادته المنفردة، جاز للنظرية الفرنسية أن تقول بالتزام المدين أيضاً، ولكن لا بإرادته المنفردة، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن وهى إرادة تستخلص من اطمئنانه لإرادة المدين والنزول على مقتضاها في تصرفه. وسواء كان سبب التزام المدين في هذه الحالة هي إرادته المنفردة كما يقول الألمان، أو العقد كما يقول الفرنسيون، فالنتيجة العملية واحدة، إذ المدين ملتزم التزاماً لا رجوع فيه في كلا القولين.

على أننا مهما قربنا ما بين النظريتين، فإنه لا يفوتنا أن الأساس الذى بنى عليه كل منهما لا يزال مختلفاً. وهذا الاختلاف في الأساس قد يؤدى إلى نتائج ذات بال. ويكفى أن نشير هنا إلى أنه في الفرض الأخير الذى عالجناه، إذا قلنا مع الألمان بالتزام المدين بإرادته

المنفردة، كان التزامه موجوداً منذ صدور هذه الإرادة. أما إذا قلنا مع الفرنسيين إن المدين يلتزم بتوافق إرادته مع إرادة الدائن، لم يوجد الالتزام إلا عند توافق الإرادتين، أى عند صدور الإرادة الضمنية من الدائن. ثم أن التمشى مع النظرية الألمانية يجعلنا نحذف العقد من بين مصادر الالتزام، ونحل الإرادة المنفردة محله. أما النظرية الفرنسية فلا تفسح مجالا للإرادة المنفردة بين هذه المصادر، وتجعل العقد وحده هو العمل القانوني الذى ينشئ التزاماً.

ومهما يكن من أمر فإن القانون الألماني ذاته لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، بل أخذ على سبيل الاستثناء في حالات محددة على سبيل الحصر بمقتضى نصوص قانونية خاصة[(١)]. أما المشروع الفرنسى الإيطالى فقد جعل من الإرادة المنفردة، إلى جانب العقد، مصدراً عاماً للالتزام[(٢)]. وسنرى الآن أن القانون المصرى الجديد نهج منهج

(١) وقد نصت المادة ٣٠٥ من القانون المدنى الألماني على أن إنشاء الالتزام من طريق العمل القانونى لا يكون إلا بعقد، عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك.

وفي هذا يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ما يأتي: «إن الغرض من تقرير هذا المبدأ هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاما لإنشاء الالتزامات، في الحد الذى ينشأ فيه الالتزام من عمل قانوني. صحيح أنه طلب، حتى من اللجنة الثانية (لتحضير مشروع القانون الألماني)، حذف هذا النص، لتترك المسافة لتقدير الفقهاء. وقد كان هذا يسمح للقضاء، مع تمسكه بالقاعدة التقليدية، أن يتوسع في الاستثناءات التي يدخلها على القاعدة. ولكن الأغلبية لم تكن من هذا الرأى. ومع ذلك فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التي يعترف بها القانون، حتى يكون من المقرر أن الحالات التي يسلم فيها القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد إرادة منفردة يكون من المستطاع تصورها على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة في المادة ٣٠٥، وتطبيق لنظرية الإرادة المنفردة» (الترجمة الفرنسية للقانون الألماني م٣٠٥).

هذا وقد احتاط المشرع الألماني في أنه لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام لاعتبارات عملية. وفي هذا يقول سالي: «إذا كان المشرع الألماني قد رفض الأخذ بالنظرية كمبدأ عام، فذلك راجع دون شك للأسباب التي أبداها برنتز (Brinz)، فإن من الخطر إعطاء مثل هذه الحرية للإرادة، إذ يصعب، أمام مظهر هذه الإرادة المنفردة، أن نتبين هل هناك التزام بات جدى، أو أنه لا يوجد إلا قول ألقى جزافا دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به». (الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٤٢).

(٢) وقد انفرد المشروع الفرنسى الإيطالى بعقد فصل خاص للارادة المنفردة باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام. فقضى في المادة ٦٠ بأن الإرادة المنفردة إذا كانت مكتوبة، واقترنت بأجل محدد، تلزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها، وتنطبق على الإرادة المنفردة القواعد التي تنطبق على العقد عدا القواعد المتعلقة بضرورة توافق الإرادتين لإنشاء الالتزامات.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى أن هذا النص كان مثاراً للمناقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والإيطالية. فقد ظن البعض أن في تقرير هذا المبدأ تجديداً جريئاً لا يتطلبه العمل، ولكن هذا الاعتراض، إذا كان فيه بعض الوجاهة بالنسبة إلى القانون الفرنسي، غير وجيه بالنسبة إلى القانون الإيطالي، فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الإيطالي على أنه في العقود الملزمة لجانب واحد يعتبر الإيجاب ملزماً بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه، فالتجديد ليس إذن كبيراً بالنسبة إلى هذا القول. ومن المفيد إدخاله في القانون الفرنسي، فهو يضع حداً للخلاف في تعرف طبيعة بعض الأعمال القانونية، هل هى عقود أو هى مجرد إرادة منفردة، كما في تطهير العقار، وهو في الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر عن الشخص من وعد، بالتمشى مع ما يقتضيه =

القانون الألمانى، فلم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام إلا فى حالات محدودة وردت بها نصوص خاصة.

٩٠٧– إلى أى حد أخذ القانون المدنى الجديد بالارادة المنفردة مصدرا للالتزام: كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ينص فى المادة ٢٢٨ منه على ما يأتى:

«١– إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه».

«٢– وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام».

«٣– يبقى الإيجاب فى العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به، ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور»(1).

فكان هذا النص، على غرار المشروع الفرنسى الإيطالى فى مادته الستين، يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، مثلها فى ذلك مثل العقد. وكان يشترط لذلك أن تكون الإرادة المنفردة مكتوبة، وأن تحدد لها مدة معينة إذا رفضت فى خلالها سقطت. أما إذا لم ترفض، فإنها تكون ملزمة لصاحبها من الوقت الذى تصل فيه إلى علم من وجهت إليه، شأنها فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة. ويسرى على الإرادة المنفردة ما يسرى على العقد من أحكام، فيجب توافر الأهلية، وخلو الإرادة مما يشوب الرضا من عيوب، وقيام محل تتوافر فيه الشرائط اللازمة، ووجود سبب مشروع. ويستثنى من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين، ما دامت الإرادة المنفردة هى مصدر الالتزام(2).

=حسن النية. على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدوداً معقولة لهذا التجديد، فهى لم تكتف بالشروط الموضوعية للعقد من الأهلية ومشروعية المحل والسبب، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الإرادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة (أنظر ص٧١– ص٧٣ من المذكرة الإيضاحية المذكورة).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٨ فى الهامش.

(2) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، شرحاً لهذا النص، ما يأتى: «١– لا يصبح الوعد الصادر من جانب واحد ملزماً إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه، شأنه فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة. فيجوز العدول عنه بعد صدوره متى وصل هذا العدول إلى علم من وجه إليه قبل وصول الوعد ذاته أو وقت وصوله وفقاً لأحكام القواعد العامة. بيد أن الوعد الصادر من جانب واحد يمتاز بترتيب حكمه دون حاجة إلى القبول، وهذا ما يفرقه عن العقود. فيكفى للزومه أن يصل إلى علم من وجه إليه وألا يرفضه هذا. ولكنه يسقط فى حالة الرفض، إذ لا يجوز أن يجبر أحداً على أن يكسب حقاً على رغمه. وهو من هذا الوجه يختلف اختلافاً بيناً عن العقد. فالعقد لا يتم إلا بقبول الدائن ووصول هذا القبول إلى علم من صدر الإيجاب عنه. ومن الأهمية بمكان تبين ما إذا كان يقصد بالتعبير عن الإرادة إلى الارتباط بوعد من جانب واحد، أم إلى مجرد الإيجاب. فمن المعلوم أن الإيجاب، وإن كانت له قوة فى الإلزام من حيث عدم جواز العدول عنه، لابد أن يقترن بالقبول حتى ينشأ الالتزام الذى يراد ترتيبه. ٢– ويفترض عند الشك فى مرمى التعبير عن الإرادة أنه قصد به إلى مجرد الإيجاب. ويقع عبء إثبات قيام الوعد الصادر من جانب واحد على عاتق الدائن =

ولو بقى هذا النص فانتقل إلى القانون المدنى الجديد، لكانت الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام كالعقد، ولوجب إفراد باب خاص بها تعالج فيه على النحو الذى رأيناه فى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب(1). ولكن النص حذف فى لجنة المراجعة. وكان حذفه «عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً»(2).

ويتبين من ذلك أن لجنة المراجعة رجعت بالإرادة المنفردة عن أن تكون مصدراً عاماً للالتزام، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى، إلى أن تكون مصدراً للالتزام فى حالات استثنائية ترد فى نصوص قانونية خاصة. وعلى هذا النهج سار المشروع فى سائر مراحله حتى أصبح قانوناً.

٩٠٨– الالتزامات التى تنشئها الارادة المنفردة فى القانون المدنى الجديد هى التزامات قانونية، ومصدرها المباشر هو القانون: ولم تتنبه الهيئات المختلفة التى تعاقبت على نظر مشروع القانون المدنى، منذ لجنة المراجعة، لهذا التغيير الجوهرى فى مصدر الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة. فقد كان المصدر المباشر لهذه الالتزامات، وفقاً للمشروع التمهيدى، هى الإرادة المنفردة ذاتها، وقد ارتقت إلى مقام العقد، فأصبحت مصدراً عاماً للالتزام. ومن ثم عقد المشروع التمهيدى للارادة المنفردة فصلا خاصاً بها، كما عقد فصولا خاصة للمصادر العامة الأخرى وهى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب. ولكن بعد أن

=الذى يدعى ذلك. ويكون الإثبات بالكتابة دائماً، ولو كانت قيمة الوعد لا تجاوز عشرة جنيهات (الآن خمسمائة جنيه). وكذلك يجب أن تتضمن وثيقة الوعد بيان المدة التى يبقى الواعد خلالها ملتزما بما وعد. ٣– ومتى تقرر مبدأ الالتزام بمجرد الوعد، تعين سريان أحكام العقود عليه. ويترتب على ذلك وجوب توافر أهلية التعاقد فى الواعد، وخلو إرادته مما يشوب الرضا من عيوب، وقيام التزامه على سبب ومحل تتوافر فيهما الشرائط اللازمة. ويستثنى من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين ما دامت الإرادة المنفردة هى مصدر الالتزام». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٣٨ – ص٣٣٩ فى الهامش).

(1) وقد جاء فى النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «جعل المشروع من الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، محتذياً فى ذلك مثال المشروع الفرنسى الإيطالى. وليس يقتصر فى إسناد قوة الالتزام إلى هذه الإرادة على القضاء على ضروب من الخلاف سوف تعدم أهميتها بعد أن فرقت وجوه الرأى بين فكرة التعاقد وفكرة المشيئة الواحدة فى تكييف طبيعة بعض التصرفات، كعرض الثمن على الدائنين المقيدة حقوقهم عند تطهير العقار، (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص٥٤)، وهو لا يقتصر كذلك على بسط نطاق تطبيق مبدأ البر بالعهود استجابة لما يقتضى حسن النية، (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص٥٤) فى نطاق التعامل، ولكن هذا التجديد مهما يكن حظه من الجرأة، يعتبر نتيجة منطقية لإقرار المشروع لمبدأ لزوم الإيجاب. فمتى اعترف للإيجاب بقوة الإلزام، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف عند هذا الحد، ذلك أن التزام المنطق نفسه يؤدى إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام بوجه عام». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٦ – ص٣٣٧ فى الهامش).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٩ فى الهامش.

نزلت لجنة المراجعة بالإرادة المنفردة إلى أن تكون مصدراً للالتزام فى حالات استثنائية، وبمقتضى نص خاص، لم تعد الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقرره القانون، بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات. ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزاماً مصدره القانون، وحذف الفصل الخاص المعقود للإرادة المنفردة فى المشروع التمهيدى، وإدماجه فى الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام. وهذا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله.

ولم نرد أن نساير هذا الخطأ فى التبويب. فلم نعقد للإرادة المنفردة باباً خاصاً بها يأتى بعد الباب المخصص للعقد، كما فعل القانون المدنى الجديد، بل أرجأنا الكلام فيها إلى أن نتكلم فى الالتزامات التى يكون القانون هو مصدرها المباشر، فنجعل الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة تدخل فى هذا النطاق.

فالقاعدة إذن فى القانون المدنى الجديد أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لا بد أن يرد فى نص قانونى. ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر، وهو الذى يعين أركانه ويبين أحكامه.

وقد وردت نصوص متناثرة فى نواحى القانون تجعل الالتزام ينشأ من إرادة منفردة. نذكر من ذلك:

(١) الإيجاب الملزم، وقد ورد فيه النص الآتى (م٩٣): «١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد. ٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة». وقد فصلنا أحكام هذا النص فيما قدمناه عند الكلام فى الإيجاب.

(٢) المؤسسات، وقد ورد فيها النص الآتى (م٧٠ فقرة١): «يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى أو بوصية». فإرادة المنشئ المنفردة هى التى توجد المؤسسة. وهذه الإرادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها إما فى حياته، أو بعد موته بوصية. ثم يلتزم المنشئ بإرادته المنفردة أيضاً أن ينقل إلى المؤسسة التى أنشأها ملكية ما تعهد به من المال الذى خصصه لها. ومن ثم نرى أن الإرادة المنفردة هنا أوجدت شخصاً معنوياً، وأنشأت التزاماً نحو هذا الشخص المعنوى[1].

(١) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٣ – فقرة ١٩٤.
ومما يدل على أن إرادة المنشئ للمؤسسة قد أنشأت التزاماً فى ذمته نحو هذه المؤسسة أن المشرع شبه إنشاء المؤسسة بالهبة أو الوصية فى خصوص الدعوى البوليصية، فنص فى المادة ٧١ على أنه «يعتبر إنشاء المؤسسة بالنسبة إلى دائنى المنشئ وورثته بمثابة هبة أو وصية. فإذا كانت المؤسسة قد أنشئت إضراراً بحقوقهم، جاز لهم مباشرة الدعاوى التى يقررها القانون فى مثل هذه الحالة بالنسبة إلى الهبات والوصايا». غير أن الهبة لا تكون إلا بعقد، أما إنشاء المؤسسة فيكون بإرادة منفردة. =

(٣) تطهير العقار المرهون رهناً رسمياً، وقد ورد فيه النص الآتى (م١٠٦٦): «يجب على الحائز أن يذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار. وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً، بل ينحصر العرض فى إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة». ويؤخذ من هذا النص أن الحائز يلتزم بإرادته المنفردة أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار، وذلك بمجرد إعلانه رغبته فى تطهير العقار بتوجيهه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم إعلانات على النحو المبين فى المادة ١٠٦٥.

(٤) الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور، وقد ورد فيه نص المادة ١٦٢. ولما كان هذا النص ينشئ التزاماً قانونياً أولى مكان ببحثه هو هذا الباب، فسنتولى بحثه تفصيلا فيما يلى[1].

= وكما تنشأ المؤسسة بإرادة منفردة، يجوز الرجوع فيها بإرادة منفردة كذلك إلى أن يتم شهرها. وقد نصت المادة ٧٢ على أنه «متى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمى جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمى آخر، وذلك إلى أن يتم شهرها وفقاً لأحكام المادة ٥٩». وبديهى أن المؤسسة إذا أنشئت بوصية جاز الرجوع فيها دائماً حتى موت الموصى، شأنها فى ذلك شأن كل وصية.

(١) ويدخل فى تطبيقات الإرادة المنفردة منشئة للالتزام السند لحامله. ويكيف عادة بأن هناك عقداً مجرداً (contrat abstrait) تم بين الساحب وأول حامل للسند. وهذا العقد هو الذى ولد الالتزام فى ذمة الساحب. وقد حول الحامل الأول حقه إلى الآخر، وهذا إلى غيره، إلى أن وصل السند إلى الحامل الأخير. إلا أن هناك فروضاً لا تنزل على هذا التكييف. فقد يكتب الساحب السند، وقبل أن يسلمه لأحد يضيع منه أو يسرق، فتتبادله الأيدى إلى أن يقع فى يد شخص حسن النية، فيكون لهذا الشخص الحق فى استيفاء قيمته من الساحب. ولا يمكن أن يقال هنا إن الساحب ملتزم بموجب عقد بينه وبين أول حامل، فإن هذا كان شخصاً عثر على السند وهو ضائع أو لصاً سرقة. فلم يبق إذن لتفسير هذا الالتزام إلا أن نقول إن الساحب قد التزم بإرادته المنفردة التزاماً مجرداً. كذلك إذا فرض أن الساحب قبل تسليمه السند لأحد مات أو فقد أهليته، ثم تداولت الأيدى السند، فهو (أو ورثته) يبقى ملتزماً ومصدر التزامه لا يمكن أن يكون عقداً فى هذه الحالة، فليس إلا إرادته المنفردة مصدراً لالتزامه هنا. وقد نص القانون الألمانى صراحة على الحلول المتقدمة، فقضت المادة ٧٩٤ بأن من يصدر منه سند لحامله يلتزم به، حتى لو سرق منه أو ضاع، وحتى لو تبادلته الأيدى رغم إرادته بأى شكل كان. وتقضى المادة ذاتها بأن السند لحامله يبقى حافظاً لقوته القانونية حتى لو مات من صدر منه السند أو فقد الأهلية قبل التعامل به (نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٥).
أما التزامات الفضولى فقد قدمنا أنها لا تنشأ من إرادة منفردة، بل من واقعة مادية هى أن يتولى الفضولى شأناً لرب العمل. ولا يكفى لالتزام الفضولى أن يظهر إرادته فى أن يتولى شأناً لرب العمل، مهما كانت هذه الإرادة واضحة، ما دام هذا الشأن بالفعل. فالعمل المادى، لا إرادة الفضولى، هو الذى ينشئ فى ذمة الفضولى التزاماته المعروفة.
وكذلك التزام المتعهد نحو المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير مصدره العقد لا الإرادة المنفردة. وقد مر بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى الاشتراط لمصلحة الغير.

المبحث الثانى
النص هو الذى يعين أركان الالتزام القانونى ويبين أحكامه

المطلب الأول
القاعدة العامة

٩٠٩ – أركان الالتزام القانونى: رأينا أن النص هو الذى ينشئ الالتزام القانونى، ويعتبر مصدراً مباشراً له. والنص كذلك هو الذى يعين أركان هذا الالتزام. وقد استعرضنا طائفة من الالتزامات القانونية فيما تقدم. فالرجوع إلى النص، فى كل التزام قانونى منها على حدة، هو الذى يبين مدى هذا الالتزام والأركان التى يقوم عليها.

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزامات القانونية، كسائر الالتزامات، تكون إما التزاماً بإعطاء (obligation de donner)، أو التزاماً بعمل (obligation de faire)، أو التزاماً بالامتناع عن عمل (obligation de ne pas faire). مثل الالتزام القانونى بالإعطاء الالتزام بالنفقة، والالتزام بدفع الضرائب، والالتزام بتعويض العامل عن مخاطر العمل. ومثل الالتزام القانونى بالعمل التزام الولى أن يدير أموال القاصر، والتزام الجار أن يشترك فى وضع حد لملكه الملتصق بملك جاره. ومثل الالتزام القانونى بالامتناع عن عمل التزام الجار ألا يهدم الحائط الذى يستتر به جاره دون عذر قوى، والتزامه ألا يحدث ضرراً فاحشاً للجيران.

والالتزام القانونى، كسائر الالتزامات، رابطة ما بين دائن ومدين. وتقوم هذه الرابطة على محل مستوف لشرائطه. ولما كان القانون فى الالتزام القانون المبنى على واقعة مادية هو الذى يعين هذا المحل على النحو الذى بيناه، إعطاء كان أو عملا أو امتناعاً عن عمل، فإن المحل لابد أن يكون قد استوفى الشرائط الواجبة. فلا صعوبة يمكن أن تثار من هذه الناحية.

والسبب لا يكون ركناً فى الالتزام القانونى إلا إذا استند إلى الإرادة المنفردة، فقد رأينا أن السبب يتصل بالإرادة. ويترتب على ذلك أن الالتزام القانونى الذى يقوم على إرادة منفردة، كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة، يجب أن يكون مبنياً على سبب مشروع. وإلا كانت الإرادة باطلة لا تنتج أثراً. وكذلك المحل فى الالتزام القانونى المبنى على الإرادة المنفردة تعينه هذه الإرادة، فيجب فى تعيينه أن يكون مستوفياً لشرائطه على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى المحل.

والأهلية إنما يجب توافرها فى الالتزام القانونى المبنى على الإرادة المنفردة. أما الالتزام القانونى المبنى على واقعة مادية فلا تشترط فيه أية أهلية إلا إذا نص القانون على ذلك. وقد كان هذا الحكم منصوصاً عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «ولا تشترط أية أهلية فى هذه الالتزامات (القانونية المبنية على وقائع مادية)، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك». فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه،

فهو مفهوم من مقتضى تطبيق القواعد العامة(١). ومن الأمثلة على التزام قانونى مبنى على واقعة مادية يشترط النص فيه أهلية خاصة التزامات الفضولى، فقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ تنص على أنه «إذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد، فلا يكون مسئولا عن إدارته إلا بالقدر الذى أثرى به، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع». وكذلك ورثة الفضولى عندما أوجب القانون عليهم أن يخطروا رب العمل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح رب العمل، اشترط النص (م١٩٤ فقرة٢ وم٧١٧ فقرة ٢) لقيام هذا الالتزام أن تتوافر فيهم الأهلية. وتشترط المادة ١٦ من قانون المحاكم الحسبية فى الوصى أن يكون ذا أهلية كاملة.

٩١٠ – أحكام الالتزام القانونى: وكذلك النص هو الذى يبين أحكام الالتزام القانونى، فيرجع فى كل التزام إلى النص الذى أنشأه لمعرفة هذه الأحكام.

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزام القانونى، كسائر الالتزامات، ينفذ عيناً إذا كان هذا ممكناً، وإلا انتهى إلى تعويض يقدر طبقاً للقواعد العامة.

وقد تبين طبيعة الالتزام القانونى شيئاً من أحكامه. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى هذا المعنى بأن طبيعة دين النفقة تجعله خاصاً بشخص من ترتب فى ذمته هذا الدين، ومن ثم تكون وفاة المحكوم عليه مسقطة لحكم النفقة، بحيث لا يبقى لهذا الحكم من الأثر على تركته إلا بمقدار المستحق من النفقة الذى كان واجب الأداء قبل الوفاة(٢).

٩١١ – تطبيقات مختلفة: ونأتى ببعض تطبيقات على ما قدمناه من أن النص هو الذى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٩٣– وانظر آنفاً فقرة ٩٠١ فى الهامش. ويلاحظ أن المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى وهى التى تقابل المادة ١٩٨ من القانون المدنى الجديد، لم تعرض إلا للالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية، لأن الإرادة المنفردة فى المشروع التمهيدى كانت مصدراً عاما للالتزام كما قدمنا، فلم تدخل الالتزامات الناشئة عنها فى نطاق هذا النص، ومن ثم كان مفهوماً أن تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ على أنه لا تشترط أية أهلية فى الالتزامات القانونية.
وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، فى صدد الأهلية فى الالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية، ما يأتى: «وتنشأ الالتزامات المقررة بنص القانون استقلالا عن إرادة ذوى الشأن، فهى لا تقتضى فيهم أهلية ما (المادة ١٢٠ من التقنين اللبنانى). ومع هذا فقد يتطلب القانون أهلية خاصة بالنسبة لبعض هذه الالتزامات، مراعياً فى ذلك أنها لا تترتب بمعزل عن الإرادة. ومن هذا القبيل ما يقع من الالتزامات على عاتق الفضولى، إذ يشترط القانون لترتيبه أن يكون من يتصدى لشأن من شؤون الغير تفضلا أهلا للتعاقد». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٩٢– ص٤٩٣).

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٩ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١/١١١ ص١٩١ – وانظر فى القضاء المختلط فى مناسبة دين النفقة المنصوص عليه فى القانون المدنى القديم (مواد ١٥٤ – ٢١٦/١٥٧ – ٢٢٠) تعليقات الأستاذ بسطوروس على القانون المدنى القديم جزء ٢ ص٦٠١ – ص٦٠٥.

يعين أركان الالتزام القانوني ويتكفل ببيان أحكامه. ويحسن قبل ذلك أن نبين أنه ليس من الضروري أن يكون النص موجوداً في القانون المدني، فالقوانين المالية وقوانين الأحوال الشخصية وقانون المرافعات وغير ذلك من القوانين المختلفة قد تتضمن نصوصاً تنشئ التزامات قانونية، وتتكفل هذه النصوص بتعيين أركان الالتزام وبيان أحكامه.

فمن الالتزامات القانونية التزامات الفضولي، وقد سبق أن فصلناها راجعين فيها إلى النصوص المدنية التي أنشأتها، ورأينا كيف أن هذه النصوص هي التي تعين أركان الالتزام وتبين أحكامه.

ومن الالتزامات القانونية الالتزام بدفع الضرائب. وهذا الالتزام يرجع في تعيين أركانه وبيان أحكامه إلى القوانين المالية الخاصة بالضرائب على العقار والمنقول وكسب العمل والإيراد العام وغير ذلك من الضرائب المختلفة.

ومن الالتزامات القانونية التزامات الأسرة، ويدخل فيها واجبات كل من الزوجين والعلاقة ما بين الوالدين والأولاد والنفقة بمختلف أنواعها والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام. وهذه كلها يرجع في تعيين أركانها وفي بيان أحكامها إلى قوانين الأحوال الشخصية، وبخاصة إلى الشريعة الإسلامية، ثم إلى قانون الولاية على المال.

ومن الالتزامات القانونية التزامات الجوار، ويرجع فيها إلى نصوص القانون المدني في الكثرة الغالبة من الأحوال. وهذه النصوص تفرض على الجيران التزامات كثيرة متنوعة، منها إزالة مضار الجوار إذا جاوزت الحد المألوف، ومنها الالتزامات الناشئة عن الحائط المشترك والحائط الملاصق، ومنها الالتزامات الناشئة عن الشيوع في الملك.

وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد يتضمن نصاً ينشئ التزاماً قانونياً في ذمة كل من حاز شيئاً أو أحرزه، بأن يعرض هذا الشيء على من يدعي حقاً متعلقاً به، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعي به من حيث وجوده ومداه. ولكن لجنة المراجعة حذفت النص لأنه أدخل في باب المرافعات[1].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٩٢ في الهامش. هذا والنص المشار إليه هو المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدي، وكان يجرى على الوجه الآتي: «١- كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعي حقاً متعلقاً به، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعي به من حيث وجوده ومداه. فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى، فللقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له. ٢- على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه. ٣- ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض، ما لم يعين القاضي مكاناً آخر. وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً. وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض». وقد جاء في النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي: «ومع ذلك فقد رؤى أن ينص استثناء على الالتزام بتقديم شيء. ذلك أن هذا الالتزام لم يظفر بمكان في سائر نواحي التشريع، ولهذا أفرد له نص خاص أخذ عن المشروع الفرنسي الإيطالي. ويراعى أن =

وما قدمناه من التطبيقات يتعلق بالتزامات قانونية مبنية على وقائع مادية. وكذلك الحال في الالتزامات القانونية المبنية على الإرادة المنفردة، وقد أوردنا طائفة منها فيما قدمناه. فهذه أيضاً تتكفل النصوص القانونية التي أنشأتها بتعيين أركانها وببيان أحكامها. وقد رأينا تطبيقاً لذلك في الإيجاب الملزم. وننتقل الآن لتطبيق آخر في الوعد بجائزة، ونفرد له مطلباً خاصاً.

= هذا المشروع قد استلهم في هذا الشأن. ما ورد من الأحكام في التقنين الألماني والسويسري». وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي: «١- يدخل الالتزام بتقديم شيء في نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون. ويقتضي ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة: أ) أولها أن يدعي شخص بحق يتعلق بشيء، شخصياً كان الحق أم عينياً. ب) والثاني أن يكون الشيء المدعي به في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز، سواء أكان هذا الشخص خصما في الدعوى أم لم يكن خصما فيها. جـ) والثالث أن يكون فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعي به من حيث وجوده ومداه، ويرجع تقدير هذه الضرورة للقاضي. فيجوز مثلا لمالك الشيء المسروق أن يطالب من يشتبه في حيازته له بعرضه عليه ليتثبت من ذاتيته. ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه، حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث. ٢- فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران: أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبت في وجود الحق المدعي به وتعيين مداه، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات حق للطالب. والثاني أن للقاضي أن يأمر، عند الاقتضاء، بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب. فيجوز مثلا لمشتري الأرض، إذا تعهد بالوفاء بما بقي من ثمن آلة زراعية ملحقة بها، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أداؤه من هذا الثمن. ويجوز كذلك لموظف يدعي أنه عزل تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء، ليستخلص منه الدليل على التعسف. ٣- فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها، جاز للقاضي أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوي للامتناع، كالحرص على حرمة سر عائلي مثلا. والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك، كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء، وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه، ويجوز إلزامه، إذا رأى القاضي ذلك، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٩٠ وص٤٩١ - ص٤٩٢ في الهامش).

وبعد أن حذف هذا النص الجامع، لم يعد هناك إلا نصوص متناثرة في قوانين مختلفة لا تتسع لما كان هذا النص يتسع له. من ذلك ما جاء في المادة ٢٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩: «١- يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها. وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك. ٢- لا يجوز للمحكمة أن تأمر التاجر باطلاع خصمه على دفاتره إلا في المنازعات المتعلقة بالتركات ومواد الأموال المشاعة والشركات. ٣- تسلم الدفاتر في حالة الأفلاس أو الصلح الواقي منه للمحكمة أو لأمين التفليسة أو لمراقب الصلح.

وما جاء في المادة ٢٠ من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ «يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه. ب- إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص. إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة. جـ- إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى. وما جاء في المادة ٢٦ من قانون الاثبات «يجوز للمحكمة اثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في ادخال الغير لالزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك في الاحوال ومع مراعاة الاحكام والاوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة.

المطلب الثانى
تطبيق خاص
الوعد بجائزة (الجعالة)

٩١٢– النصوص القانونية: نصت المادة ١٦٢ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى:

«١– من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها».

«٢– وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور»[1]

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– من وجه للجمهور وعداً أن يعطى جائزة لمن يقوم بعمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة. ٢– وإذا لم يحدد الواعد أجلا للقيام بالعمل، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك فى حق من قام بالعمل قبل الرجوع فى الوعد. ٣– أما إذا كان هناك من بدأ فى العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع فى الوعد، فإن الواعد، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا تجاوز فى ذلك قيمة الجائزة الموعود بها. وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف بانقضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع فى الوعد».
وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثالثة اكتفاء بعبارة تضاف فى آخر الفقرة الثانية وإدخال بعض التعديلات اللفظية، فأصبح النص النهائى ما يأتى: «١– من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين التزام بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة. ٢– وإذا لم يحدد الواعد أجلا للقيام بالعمل، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد. فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه، جاز الحكم له بتعويض عادل لا يجاوز فى أى حال قيمة الجائزة». وأصبح رقم المادة ١٦٦ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة، انتهت بأن أضافت اللجنة إلى الفقرة الأولى عبارة «أو دون علم بها»، وهذه الإضافة تجعل المعنى أوضح لأن المقصود هو أن يلتزم من يعد بإعطاء الجائزة بما تعهد بأدائه ما دام الطرف الآخر قد قام بالعمل الذى خصصت الجائزة له ولو كان لم يعلم بهذا التعهد. وحذفت اللجنة من آخر الفقرة الثانية عبارة «فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه جاز الحكم له بتعويض عادل لا يجاوز فى أى حال قيمة الجائزة»، وقد راعت اللجنة فى الحذف أن تترك المسألة للقواعد العامة، فضلا عن أن نص المشروع يفضى إلى منازعات كثيرة غير عادلة. وأضافت حكماً جديداً أفرغته فى العبارة الآتية: «وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من إعلان العدول للجمهور»، وقد راعت اللجنة فى هذه الإضافة أن تقطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بالجائزة بعد إعلان العدول وحسم المنازعات التى تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة وصعوبة الإثبات، ولذلك جعلت مدة السقوط ستة أشهر. وأصبح رقم المادة ١٦٢. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٨ – ص٣٤٩). =

وقد أنشأ هذا النص التزاماً قانونياً بناء على الإرادة المنفردة. فالنص إذن هو الذى يعين أركان هذا الالتزام القانونى، وهو الذى يبين أحكامه(1).

٩١٣– أركان التزام الواعد بالجائزة: ويتبين من النص أن التزام الواعد بجائزة يقوم بتوافر الأركان الآتية(2):

(١) أن تصدر من الواعد إرادة باتة، وهذه هى الإرادة المنفردة. فيجب أن تصل الإرادة إلى مرحلة البتات كما فى الإيجاب البات. ويجب أيضاً أن يكون الواعد ذا أهلية كاملة للالتزام بما وعد به، وأن تخلو إرادته من العيوب فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال. ويجب أن تقوم الإرادة على محل مستوف لشرائطه، وأن تتجه إلى سبب مشروع.

(٢) أن توجه الإرادة إلى الجمهور. فإذا وجهت إلى شخص معين أو أشخاص معينين، خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة بالمعنى المقصود، وسرت عليها قواعد الإيجاب فلابد من أن يقترن بها القبول، وتصبح عندئذ عقداً لا إرادة منفردة. فتوجيه الإرادة إلى الجمهور، أى إلى أشخاص غير معينين بالذات، هو الذى يكسو الوعد بجائزة طابعه الذى يتميز به.

=وقد جاء فى النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «عمد المشروع إلى إيراد أهم تطبيق من تطبيقات الإرادة المنفردة، فعرض لأحكام الوعد بالجائزة إذا وجه للجمهور، وخالف المشروع الفرنسى الإيطالى بشأنها، فلا يزال هذا المشروع مبقياً على الأساس التعاقدى لذاك الوعد دون أن يشفع ذلك بتعليل شاف. وليس صحيحاً على وجه الإطلاق أن يقال إن هذا التكييف التعاقدى يرد إلى ما للوعد من خصيصة تبادلية، وأن الوعد لا يتم إلا برضاء يصدر من إرادتين (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص٥٦)، فالواقع أنه لا يقصد إلى مجرد استظهار معنى إتمام أحكام الوعد باشتراك إرادتين، وهو ما يتحقق فى كل الأحوال. بل الجوهرى فى هذا الصدد هو إبراز وجه انفراد الإرادة بترتيب التزام الواعد، فهو يلتزم بمشيئته وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان يجهل صدور الوعد». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٦).
أنظر فى نصوص التقنينات الحديثة فى الوعد بجائزة (م٦٥٧ و٦٥٨ من التقنين الألمانى وم٨ من تقنين الالتزامات السويسرى وم٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى) نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩.

(1) إذا كان الوعد بالجائزة قد صدر فى ظل القانون المدنى القديم الذى لا يعترف بالارادة المنفردة باعتبارها منشئة للالتزام وأن ذلك يقتضى الرجوع إلى القواعد العامة لاحكام العقد التى توجب أن يتلاقى الايجاب والقبول، لما كان ذلك التقنين المدنى الملغى لم يورد نصا يحكم الوعد بالجائزة باعتباره صورة من صور الالتزام الناشئ عن الارادة المنفردة ولم يكن من الممكن رد الوعد بالجائزة إلا إلى أحكام العقد التى توجب أن يتلاقى القبول مع الإيجاب السابق عليه، فان الحكم المطعون فيه يكون صحيحاً إذ التزم هذا النظر.
(جلسة ١٩٦١/٣/٣٠ الطعن ٥٢٤ لسنة ٢ق س١٢ ص٢٩٤)

(2) الوعد بالجائزة على ما تشترطه المادة ١٦٢ من القانون المدنى، يقوم أساسا على توافر أركان معينة منها أن توجه الارادة إلى الجمهور أى إلى أشخاص غير معينين فإذا ما وجهت إلى شخص معين خرجت عن أن تكون وعدا بجائزة وسرت عليها قواعد الإيجاب فلابد أن يقترن بها القبول وتصبح عقداً لا إرادة، ولذا كان الاقرار موضوع النزاع لا يعدو أن يكون اتفاقا بين الطاعن وموكليه على قدر الاتعاب المستحقة فان شروط المادة ١٦٢ سالف الذكر تكون قد تخلفت ويكون الحكم فيما انتهى إليه قد صادف صحيح القانون.
(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ الطعن ٤٨٣ لسنة ٣٩ق س٢٨ ص٥١١)

(٣) أن يكون توجيه الإرادة للجمهور عن طريق علني. ويكون ذلك بطريق من طرق النشر المعروفة. كالإعلان فى الصحف أو توزيع النشرات أو المناداة فى الطرقات. والمهم هو أن توجه الإرادة للجمهور بطريق علنى، وأن تكون العلانية كافية حتى يتيسر لعدد كبير من الناس أن يعلم بهذه الإرادة.

(٤) أن تتضمن الإرادة أمرين على الأقل[١]: (أولا) جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها للفائز بها. وقد تكون الجائزة مبلغاً من النقود، أو شيئاً آخر له قيمة مالية كأسهم أو سندات أو سيارة أو منزل أو كتاب أو دفع نفقات رحلة أو نحو ذلك. ولا شئ يمنع من أن تكون الجائزة قيمتها أدبية، كوسام أو شارة أو كأس أو أية علامة أخرى من علامات التقدير. (ثانيا) شيئاً معيناً يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة، كالعثور على شئ ضائع أو وضع أفضل تصميم هندسى أو النجاح فى امتحان أو الفوز فى مسابقة أو الاهتداء إلى دواء أو الكشف عن اختراع أو نحو ذلك. ويستوى أن يكون الوعد قد حددت له مدة أو لم تحدد، ففى الحالتين يلتزم الواعد، ولكن كل حالة لها حكمها على ما سنرى.

٩١٤- أحكام الالتزام - الوعد حددت له مدة: فإذا اجتمعت الأركان المتقدمة الذكر، قام التزام الواعد، وترتب عليه حكمه. وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الوعد قد حددت له مدة ويجب إنجاز العمل المطلوب فى خلالها وما إذا لم تكن هناك مدة محددة.

فإذا كان الواعد قد حدد مدة اشترط أن يتم العمل فى خلالها، التزم نهائياً بإرادته، ولم يكن له حق الرجوع. فإذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب، انقضى التزام الواعد بانقضاء مدته، ولو قام بعد ذلك شخص بهذا العمل. ولا يكون الواعد فى هذه الحالة مسئولا نحو هذا الشخص بمقتضى الوعد، ولكن قد يكون مسئولا نحوه بمقتضى الإثراء بلا سبب.

أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب فى خلال المدة المحددة، أصبح من قام بهذا العمل دائناً للواعد بالجائزة الموعودة، سواء قام بالعمل عن رغبة فى الحصول على الجائزة أو لم تكن عنده هذه الرغبة، بل سواء كان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل أو لم يكن يعلم بها، وسواء أتم العمل بعد إعلان الجائزة أو قبل إعلانها[١]. وهذا هو الذى يجعل الالتزام بالوعد التزاماً

(١) وقد أضافت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إلى آخر الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ عبارة «أو دون علم بها» لتشمل الفقرة «الصور التى تكون فيها جوائز يعلن عنها الجمهور عن أعمال تمت قبل أو بعد الوعد، ولو كان الشخص القائم بالعمل قد قام به دون علم بوجود الجائزة». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٤٤ – ص٣٤٥).

(1) مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ من القانون المدنى والمادة ٢٢٠ من ذات القانون أن الواعد بالجائزة يرتب فى ذمته التزاما بإرادته المنفردة من وقت توجيه هذه الارادة إلى الجمهور لدائن غير معين يلتزم باعطائه اياها إذا قام بالعمل المطلوب، وإن اعذار الدائن مدينه لا يكون واجبا إذا أصبح الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.
(جلسة ١٩٩٠/٣/٢٨ الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٧ق).

بإرادة منفردة، فإن الواعد يصبح ملتزماً بإعطاء الجائزة بمجرد أن يتم العمل، حتى لو كان قام بالعمل يجهل وجود الجائزة، أو قام به قبل إعلان الجائزة، فلا يتصور أن يكون هناك تم بينه وبين الواعد، ولا يبقى إلا أن يكون الواعد قد التزم بإرادته المنفردة[١].

٩١٥- الوعد لم تحدد له مدة: أما إذا لم يحدد الواعد مدة يتم العمل فى خلال التزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر منه. فإذا قام شخص بالعمل المطلوب فى مدة معقولة استحق الجائزة حتى لو لم يكن يعلم بها، أو علم ولكنه قام بالعمل دون رغبة فيها، الواعد إنما يلتزم، كما قدمنا، بإرادته المنفردة.

ولكن الواعد، ما دام لم يحدد مدة لوعده، يكون له حق الرجوع فيه. ويكون الرجو فى الوعد بالعلانية ذاتها التى تم بها الوعد. وهنا لا تخلو الحال، فى الفترة ما بين إعلا الوعد والرجوع فيه، من أحد فرضين: فإما ألا يكون أحد قد أتم العمل المطلوب، وإما يكون هناك من أتم هذا العمل.

فإذا لم يكن هناك أحد قد أتم العمل، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده بعد أن ر فيه. وهذا صحيح على إطلاقه إذا لم يكن هناك أحد قد بدأ فى تنفيذ العمل المطلوب. أما كان هناك من بدأ فى تنفيذ هذا العمل ولكنه لم يتمه، فإن له الرجوع على الواعد بتعويض عادل، هو قيمة ما أصابه من الضرر دون مجاوزة لمقدار الجائزة، ولكن لا بمقتضى الوع الذى سقط بالرجوع فيه، بل بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية. ويترتب على ذلك الرجوع على الواعد فى هذه الحالة يتقادم بالمدة التى تتقادم بها المسئولية التقصيرية، أ بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بالضرر الذى أصابه وبالمسئول عنه أو بخمس عشرة س من وقت وقوع الضرر[٣].

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «يجب التفريق بصدد هذا الو بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده، وبين ما إذا كان قد ترك المدة دون تحديد. ففى الحالة الأو يلتزم الواعد نهائياً بمشيئته وحدها، دون أن يكون له أن يعدل عن وعده خلال المدة المحددة. فإذا انقض هذه المدة ولم يقم أحد بالعمل المطلوب، تحلل الواعد من وعده ولو أنجز هذا العمل فيما بعد. أما إذا القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء المدة، فيصبح من قام به دائناً بالجائزة من فوره، ولو لم يصدر فى ذل عن رغبة فى الحصول عليها، بل ولو كان جاهلاً بالوعد. وفى هذا ما ينفى عن الوعد بالجائزة صف العقدية، فهذه الصفة ليست فى رأى المشرع من مستلزماته». (مجموعة الأعمال التحضيرية ص٣٣٩).

(٢) نقول فى مدة معقولة لأن التزام الواعد، كما سنرى، معلق على شرط واقف هو قيام شخص بالعم المطلوب فى وقت يجدى فيه القيام بهذا العمل. وإذا وقع خلاف فى تقدير المدة المعقولة فصل القاض فى ذلك.

(٣) وقد جاءت فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «أما فى الحالة الثاني حيث لا يحدد أجل لأداء العمل المطلوب، فيلتزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر من جانبه. ولك يكون له أن يعدل عنه، وفقاً للأوضاع التى صدر بها، بأن يحصل العدول علنا بطريق النشر

أما إذا كان العمل المطلوب قد تم قبل رجوع الواعد، استحق من قام بالعمل الجائزة
امِلة، ولم يؤثر في حقه رجوع الواعد في وعده. ذلك أنه أتم العمل قبل الرجوع، أي في
قت كان الوعد فيه قائماً وكان الواعد ملتزماً، فأصبح دائناً بالجائزة بمجرد أن قام بالعمل.
لا يؤثر في حقه هذا أن يكون قد قام بالعمل دون نظر إلى الجائزة، أو أن يكون قد قام به
هو لا يعلم بالجائزة أو قبل إعلان الجائزة، ففي جميع هذه الأحوال يكون الواعد ملتزماً
لجائزة وذلك بمقتضى إرادته المنفردة(١).

= في الصحف أو اللصق مثلا. ولا تخلو الحال في الفترة التي تمضي بين إعلان الوعد والرجوع فيه من أحد فروض ثلاثة: أ) فإذا لم يكن قد بدئ في تنفيذ العمل المطلوب، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده. ب) وإذا كان قد بدئ في تنفيذ هذا العمل دون أن يبلغ مرحلة الإتمام، التزم الواعد أن يرد إلى من بدأ في هذا التنفيذ ما أنفقه، على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها.، ولا يعتبر الوعد الذي عدل عنه أساساً لهذا الالتزام، بل هو يرد في أساسه إلى أحكام المسئولية التقصيرية المقررة في نصوص القانون. وتسقط هذه المسئولية في حالتين: أولاهما حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أنفق بانقضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع في الوعد، والثانية حالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدئ في تنفيذه قد تم، إذ تنعدم في هذه الحالة رابطة السببية بين الضرر الذي أصاب من تحمل النفقات ورجوع الواعد في وعده. وكذلك يكون الشأن في حالة البدء في تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان العدول وإتمامه بعد هذا العدول. جـ) ......». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٣٩ - ص٣٤٠).

ويلاحظ أن المشروع التمهيدي (م٢٢٩ فقرة ٣) كان ينص على ما يأتي: «أما إذا كان هناك من بدأ في العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع في الوعد، فإن الواعد، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها. وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف بانقضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع في الوعد». وهذا يفسر ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن. وقد عدلت لجنة المراجعة هذا النص، كما قدمنا، على الوجه الآتي: «فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه، جاز الحكم له بتعويض عادل، لا يجاوز في أي حال قيمة الجائزة». (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٣٨ وص٣٤١).

(١) أنظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٤٠).
وجاء في المذكرة ذاتها ختاما لهذا الموضوع ما يأتي:
«وليس يبقى بعد هذا سوى بعض مسائل تفصيلية عرضت لها التقنينات الأجنبية بأحكام تشريعية خاصة، وأغفل المشروع ذكرها، مكتفياً في شأنها بتطبيق القواعد العامة. فالمادة ٦٥٩ من التقنين الألماني تنص على أنه «إذا نفذ العمل الذي بذلت الجائزة من أجله أكثر من شخص واحد، كانت الجائزة للأسبق. فإذا تعدد المنفذون في وقت واحد، كانت الجائزة سوية بينهم» (أنظر أيضاً المادة ١٧ من كل من التقنين التونسي والمراكشي). وكذلك تنص المادة ٦٦٠ من التقنين الألماني على أنه «إذا تعاون عدة أشخاص في تحقيق النتيجة التي بذلت الجائزة من أجلها، وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل، قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب في تحقيق هذه النتيجة». ويقضي التقنين البولوني في المادة ١٠٦ ببطلان « الوعد الموجه إلى الجمهور بمنح جائزة لأفضل عمل يقدم في مسابقة إذا لم يحدد الإعلان ميعاداً للتقدم في هذه المسابقة. ويكون للواعد الحق في تقرير ما إذا كان هناك محل لمنح الجائزة، ولأي عمل تمنح، إلا إذا كان قد بين في إعلانه طريقاً آخر للفصل في نتيجة المسابقة. ولا يكسب الواعد ملكية العمل الذي استحق الجائزة ، أو حقوق منشئة فيه، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق في الإعلان». (الأعمال التحضيرية٢ ص٣٤٠– ص٣٤١).

فهناك إذن أحوال ثلاثة يكون الواعد فيها ملتزماً بالجائزة كاملة بمقتضى إرادته المنفردة: (١) إذا حدد مدة وقام الفائز بالعمل في خلال هذه المدة. (٢) إذا لم يحدد مدة ولم يرجع في وعده وقام الفائز بالعمل. (٣) إذا لم يحدد مدة ورجع في وعده ولكن الفائز قام بالعمل قبل الرجوع. وفي الحالتين الأوليين يتقادم التزام الواعد بخمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة، لأنه التزام أرادي ولم يرد في تقادمه نص خاص. وفي الحالة الثالثة يسقط التزام الواعد إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالجائزة في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ وقد تقدم ذكرها. والظاهر أن هذه المدة الأخيرة هي مدة إسقاط (déchéance) لا مدة تقادم (prescription)، فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع. والسبب في قصر المدة في الحالة الثالثة، وفي جعلها مدة إسقاط لا مدة تقادم، هو – كما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ – قطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بجائزة بعد إعلان العدول، وحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة، وصعوبة الإثبات(١).

ويمكن القول، من ناحية التكييف القانوني، إن الواعد بالجائزة رتب في ذمته التزاماً بإرادته المنفردة – من وقت توجيه هذه الإرادة إلى الجمهور – لدائن غير معين أن يعطيه الجائزة إذا هو قام بالعمل المطلوب. فيكون الالتزام معلقاً على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في المدة المعينة أو في مدة معقولة. فإذا تحقق الشرط أصبح الالتزام حالا، ولا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت تحقق الشرط، وهذا في غير الحالة الثالثة التي ورد فيها نص خاص جعل مدة التقادم ستة أشهر.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٣٤٧.

الفصل الثانى – آثار العقد

الفصل الثالث – زوال العقد

الباب الثانى
العمل غير المشروع
(المسئولية التقصيرية)

الفصل الأول
المسئولية عن الأعمال الشخصية

الباب الثالث
الاثراء بلا سبب

الفصل الأول ٩٤٤
القاعدة العامة: الاثراء بلا سبب

الباب الرابع
القانون